Torsten Ehmcke

Schadensersatzfolgen der Formnichtigkeit

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0004

SCHADENSERSATZFOLGEN DER FORMNICHTIGKEIT

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

Vorgelegt von

Torsten E h m c k e

aus

Dessau/Anhalt

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Reinicke

Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Heldrich

Dekan : Prof. Dr. Uber

Tag der mündlichen Prüfung : 5. Februar 1971

Inhaltsübersicht

Einleitung 1

Erster Teil: Die Haftung wegen culpa in contrahendo beim formnichtigen Abschluß von Grundstückskaufverträgen 5

§ 1 Der haftungsbegründende Tatbestand 5

I. Die Schutzpflichten 6

II. Die Aufklärungspflichten 8

1. Aufklärungspflichten bei Kenntnis der Formbedürftigkeit 8

2. Aufklärungspflicht bei eigener Unkenntnis der Formbedürftigkeit 12

III. Zusammenfassung 29

§ 2 Die Arten des Verschuldens 32

1. Arglist 32

2. Vorsatz 33

3. Fahrlässigkeit 33

4. Schuldloses Verhalten 35

§ 3 Art und Umfang der Haftung, wenn ohne das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten ein formgültiger Vertrag nicht zustandegekommen wäre 39

I. Das negative Interesse ist rechnerisch geringer als das positive Interesse oder gleich groß 39

1. Kollision der Schadensersatzpflicht mit der Formnichtigkeit, §§ 125 S. 1, 313 S. 1 BGB 42

2. Kritik der Auffassung von Lorenz 61

II. Das negative Interesse ist rechnerisch größer als das positive Interesse 7o

III. Mitverschulden des Geschädigten 78

IV. Zusammenfassung 85

§ 4 Art der Haftung, wenn ohne das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten ein formgültiger Vertrag zustandegekommen wäre 87

1. Schadensbegriff der §§ 249, 252 BGB 88
2. Kausalität 92
3. Abschließende gesetzliche Regelung 93
4. Privatautonomie 95
5. Wesen der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß 96
6. Sinn und Zweck der Formvorschriften der §§ 313, 125 BGB 99

a) Funktionsbereich der §§ 313, 125 BGB 1oo

b) Konsequenz für den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse 1o3

7. Zusammenfassung 11o

§ 5 Art und Weise des Ersatzes des positiven Interesses 111

1. Schadensersatz und Vertragserfüllung 113
2. Außerkraftsetzung des § 313 BGB 118
3. Außerkraftsetzung des § 125 S. 1 BGB 124

Zweiter Teil: Die Haftung wegen culpa in contrahendo beim formnichtigen Abschluß sonstiger Rechtsgeschäfte 131

§ 6 Die Haftung wegen culpa in contrahendo bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften 131

§ 7 Die Haftung wegen culpa in contrahendo für ein Verhalten nach Abschluß des obligatorischen Vertrages, insbesondere bei sachenrechtlichen Verfügungen 137

§ 8 Die Haftung wegen culpa in contrahendo im Gesellschaftsrecht 144

I. Obligatorische Verträge 144

II. Körperschaftliche Regelungen 148

III. Zusammenfassung 156

§ 9 Die Haftung wegen culpa in contrahendo im Familienrecht 157

I. Der Ehevertrag 157

II. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft 165

§ 1o Die Haftung wegen culpa in contrahendo im Erbrecht 172

I. Der Erbschaftskauf 172

II. Der Erbvertrag und Erbverzicht 174

§ 11 Schadensersatzansprüche bei beiderseitiger Kenntnis der Formbedürftigkeit des abgeschlossenen Vertrages 183

I. Schadensersatzansprüche bei ursprünglich fehlender Erfüllungsbereitschaft 183

1. Deliktische Ansprüche 183

2. culpa in contrahendo 186

II. Schadensersatzansprüche bei ursprünglicher Erfüllungsbereitschaft 194

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Aktiengesetz	Großkommentar I. Bd. §§ 1 - 144 2. Aufl. Berlin 1961 (zit.: Großkomm.z.AktG)
Ballerstedt, Kurt	Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter in: Archiv für Civilistische Praxis, Bd. 151 (1950/51), S. 501-531
Bartholomeyczik, Horst	Erbrecht. Ein Studienbuch 8. Aufl. München 1968
Battes	"Erfüllungsansprüche trotz beiderseits bewußtem Formmangel" in: Juristenzeitung 1969 (Heft 21), S. 683
Baumbach, Adolf Hueck, Alfred	GmbH-Gesetz 13. Aufl. München 1970
Beitzke	Anm. zu OLG Neustadt in: Zentralblatt für Jugendrecht 1952, S. 210 ff ebenda, S. 212
-	Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1953, S. 1 ff
Bergdolt, Curt	Arglistige Berufung auf die Formnichtigkeit nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts Dissertation Köln 1929
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht 4. Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. 1969
Boehmer, Gustav	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung 2. Buch, 2. Abteilung Tübingen 1952 (zit.: Grundlagen)

Börnstein, Gerard u.a. — Einkommensteuergesetz. Kommentar
2. Aufl.
Herne, Berlin 1966

Böse, Hildegard — Die Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge bei arglistigem Verhalten einer Partei
Jur. Dissertation Münster 1938

Boruttau, Ernst Paul
Klein, Otto — Grunderwerbssteuergesetz. Kommentar
9. Aufl.
München 197o

Brenner, Willy — Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts
Dissertation Frankfurt a.M. 1926

Brox, Hans — Allgemeines Schuldrecht
München 1969

Coing, Helmut — Form und Billigkeit im modernen Privatrecht
in: Deutscher Notartag 1965
München und Berlin 1965, S. 29-5o

Crome, Carl — System des Deutschen bürgerlichen Rechts
I. Bd. 2. Hälfte
Tübingen 19oo

Danz, Erich — Die Auslegung der Rechtsgeschäfte
3. Aufl.
Jena 1911
(zit.: Auslegung)

Denkschrift — zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs
Berlin 1896

Dietz, Rolf — Deutsches Personen-, Familien- und Erbrecht
Berlin 1943

Dölle, Hans — Außergesetzliche Schuldpflichten
in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1o3. Bd. (1943),
S. 67-1o2

Dorst, F. — Gutachten
Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages
I. Bd. S. 18 ff
Berlin 19o2

Ehrenfort, Werner	Zweites Wohnungsbaugesetz Wohnungsbau- und Familienheimgesetz. Kommentar Köln, Berlin, Bonn 1958
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Bd. 5. Aufl. Berlin 1899 (zit.: Lehrbuch)
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. Allgemeiner Teil, Bearb. Hans Carl Nipperdey, 2. Halbbd. 15. Aufl. Tübingen 1960
	II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Bearb. Heinrich Lehmann 15. Bearb. Tübingen 1958
	V. Bd. Erbrecht, Bearb. Kipp, Coing 12. Bearb. Tübingen 1965
Entwurf	eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Erste Lesung Amtliche Ausgabe Berlin und Leipzig 1888
Erdsiek, Gerhard	Die Problematik des § 831 BGB und seine Einwirkung auf unsere Vertrags- und Amtshaftung Ein Beitrag zur Reform des Haftungsrechts in: Juristenjahrbuch, hrsg. v. Gerhard Erdsiek 8. Bd. 1967/68, S. 36-62 Köln-Marienburg
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Münster 1962
	I. Bd. 4. Aufl. Münster 1967
-	Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen in: Archiv für Civilistische Praxis, Bd. 139 (1934), S. 273 ff

Esser, Josef — Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch
2. Aufl.
Karlsruhe 1960
(zit.: Schuldrecht)

Bd. I Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch
3. Aufl.
Karlsruhe 1968

Bd.II Besonderer Teil
3. Aufl.
Karlsruhe 1969

Fikentscher, Wolfgang — Das Schuldrecht
Berlin 1965

2. Aufl.
Berlin 1969

Fischer, Hans Albrecht — Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche
in: Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeßrecht. hersg. v. Otto Fischer 11. Bd. 1. Heft
Jena 1903
(zit.: Der Schaden nach dem BGB)

Flume, Werner — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
II. Bd. Das Rechtsgeschäft
Berlin-Heidelberg-New York 1965

Franz — Die formbedürftigen Geschäfte des Reichs-Privatrechts
Leipzig 1907
(zit.: Die formbedürftigen Geschäfte)

Friedrichs, Karl — Anmerkung zu RG Urt. v. 26. März 1928 - 450/27 VI
Juristische Wochenschrift 1928, S. 2433-36

Fuchs, Erwin — Die Gesetzmäßigkeit des Einwandes der unzulässigen Berufung auf Formmängel
Dissertation Köln 1950

Gadow, Wilhelm — Die Einrede der Arglist
in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 84. Bd. S. 174-203
Jena 1934

Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts München u. Berlin 1964
-	Formnichtigkeit und Treu und Glauben in: Festschrift W. Schmidt-Rimpler, S. 151-179 Karlsruhe 1957
Habscheid, Walther J.	Zur Heilung formnichtiger Erbteilskaufverträge in: FamRZ 1968, S. 13 ff
Hachenburg, Max	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97 2. Aufl. Mannheim 1900 (zit.: Das Bürgerliche Gesetzbuch)
-	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung I. Bd. §§ 1 - 34 6. Aufl. Berlin 1956 II. Bd. §§ 35 - 84 6. Aufl. Berlin 1959
Hagelberg, Ernst	Schwarzkäufe und Grundstücksverkehrsgesetz in: Juristische Wochenschrift 1925 S. 2555 ff
Hamburger, Max	Anm. zu RG Urt. v. 18.4.1932 - JW 1932, 2152-54
Hamm	Über die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 313 BGB in: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1910 (10. Jahrg.), S. 106/7
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts Tübingen 1929
Heldrich, Karl	Die Form des Vertrages in: Archiv für die Civilistische Praxis, Neue Folge, 27. Bd., S. 89-129 (zit.: Band 147) Tübingen 1941
Henrich, Dieter	Die unbewußte Irreführung in: Archiv für Civilistische Praxis, 162. Bd., S. 88-104 Tübingen 1963

Hepp, C. — Verstärkter Käuferschutz beim Grundstückskauf
in: Zeitschrift für Rechtspolitik 197o, S. 1oo f

Herschel — Anm. zu RG Urt. v. 24.1o.194o
in: Deutsches Recht 1941, S. 2o1 ff

Hildebrandt — Erklärungshaftung
Berlin und Leipzig 1931

Hoche, Ulrich — Nachträgliche Abänderung von Grundstücksveräußerungsverträgen
in: Deutsche Notar-Zeitschrift 1958, S. 346 ff
München und Berlin 1958

Hoeniger, Heinrich — Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit
in: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 19o9 (9. Jahrg.), S. 673 ff

Hueck, Alfred — Die Pflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer
in: Recht und Wirtschaft, Festschrift für J.W. Hedemann, S. 131-15o
Berlin 1958

- — Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch
15. Aufl.
München 197o

Humbert — Die formlose Bestimmung des Hoferben
in: Neue Juristische Wochenschrift 1956 S. 1857 ff

Josef, Eugen — Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit
in: Archiv für bürgerliches Recht, 36. Bd. (1911) S. 6o-7o

Klein, Peter — Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse
in: Deutsche Juristen-Zeitung 19o6 Nr. 1o Sp. 596

Klingsporn, Burkhard — Der Abschluß formnichtiger Grundstücksveräußerungsverträge durch Wohnungsunternehmen
(Die neuere Rechtsprechung des BGH)
in: Der Betrieb 1967, S. 367-37o

Köhler, Gerhard — Culpa in contrahendo und Privatversicherungsrecht
in: Versicherungsrecht 1969, S. 773-778

Korff, Clemens — Anmerkung zu LG Mannheim NJW 1965, 2203 f
in: Neue Juristische Wochenschrift 1966, S. 505 f

Kramer, Julius — Rechtsfolgen eines nach § 313 BGB formungültigen Grundstücksverkaufs
Dissertation Erlangen 1914

Kreß, Hugo — Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts
München 1929

Kuhlenbeck — Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (§ 153 BGB)
in: Deutsche Juristen-Zeitung 1905 Nr. 24 Sp. 1142-1146

Lange, Heinrich — BGB Allgemeiner Teil.
Ein Studienbuch
12. Aufl.
München 1969

\- — Lehrbuch des Erbrechts
München und Berlin 1962

\- — Die Neugestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhältnis
in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 89. Bd., S. 277 ff
Jena 1941

Larenz, Karl — Lehrbuch des Schuldrechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
9. Aufl.
München 1968

II. Bd. Besonderer Teil
9. Aufl.
München 1968

\- — Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt"
in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1954, S. 515-518

Lehmann, Heinrich
Hübner, Heinz — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
16. unveränd. Aufl.
Berlin 1966

Leonhard, Franz	Verschulden bei Vertragsschluß Berlin 1910
Levy, Ernst	Anm. zu RGZ 104, 265 ff = JW 1922, 1313 ff in: Juristische Wochenschrift 1922, S. 1313
Linnemann, Heyko	Grenzen der Formnichtigkeit Dissertation Freiburg i.Br. um 1950
Lorenz, Werner	Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge in: Archiv für Civilistische Praxis Bd. 156 (1957), S. 381-413
-	Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH, NJW 1965, 812 in: Juristische Schulung 1966, S. 429 ff
Lüer, Hans-Jochem	Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen Karlsruhe 1969 (zit.: Die Begrenzung)
Frhr. Marschall v. Bieberstein, Wolfgang	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.1.1965 V ZR 53/64 in: Neue Juristische Wochenschrift 1965, S. 1014 ff
Matthießen	Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen? in: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1938, S. 213 ff
-	Noch einmal: Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen? in: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1939, S. 223 ff
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht 3. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1970
-	Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo in: Juristische Schulung 1965, S. 209 ff

Melliger, Caspar — Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch
2. Aufl.
Zürich 1898

Motive — zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
Band I, Allgemeiner Theil
Amtliche Ausgabe
Berlin und Leipzig 1888

Band II, Recht der Schuldverhältnisse
Amtliche Ausgabe
Berlin und Leipzig 1888

Band IV, Familienrecht
Amtliche Ausgabe
Berlin und Leipzig 1888

Band V, Erbrecht
Amtliche Ausgabe
Berlin und Leipzig 1888

Müller, Ulrich — Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung
in: Neue Juristische Wochenschrift 1969 S. 2169-2175

Müthling, Hans — Wertzuwachssteuerrecht
4. Aufl.
Berlin 1943

Neukam, Fritz — Rechtsbehelfe des Käufers bei Formnichtigkeit des Verpflichtungsvertrages nach § 313 B.G.B. bei Baugrundstücken
Jur. Dissertation Erlangen 1934

Neumann, Hugo — Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
I. Band
4. Aufl.
Berlin 1905
(zit.: Handausgabe BGB)

Nipperdey, H.C. — Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben
in: Juristenzeitung 1952, S. 577 ff

Nirk, Rudolf	Culpa in contrahendo - eine richterliche Rechtsfortbildung - in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in: Festschrift für Philipp Möhring, S. 385 ff München und Berlin 1965
-	Anm. zum Urteil des Schleswig-Holsteinschen OLG vom 9.7.1951 - 1 U 85/51, JZ 1952, 592 f in: Juristenzeitung 1952 S. 593
Oertmann, Paul	Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit in: Das Recht, 18. Jahrg. 1914, Sp. 8-12
-	Bemerkungen zum vorstehenden Aufsatz (Josef, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, S. 413 ff) in: Sächsisches Archiv für Rechtspflege, 1o. Jahrg. 1915, S. 418
-	Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnissen nicht zustande gekommenen Vertrages (RGZ 1o4, 265 f) in: Archiv für Civilistische Praxis, Bd. 121 (1. Bd. der N.F.), S. 122 ff Tübingen 1923
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 14. Aufl. München und Berlin 1955 2o. Aufl. München und Berlin 1961 28. Aufl. München 1969 29. Aufl. München 197o - Wenn im Zitat nicht näher gekennzeichnet, handelt es sich um die 29. Aufl. -
Pawlowski, Hans-Martin	Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Habilitationsschrift) Göttingen 1966 (zit.: Rechtsgeschäftliche Folgen)

Pieper, Helmut — Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung
in: Juristische Schulung 1962, S. 4o9 ff

Pikalo, Alfred — Anm. zu BGH V ZS, Beschl. vom 16.2.54
in: Recht der Landwirtschaft 1954, S. 193-196

Pikart, Heinz — Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Formnichtigkeit von Verträgen
in: Wertpapier-Mitteilungen 1963, S. 1o18-1o26

Planck's — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz
I. Bd., Allgemeiner Teil (§§ 1-24o),
Bearb. Knoke, Strecker und Flad
4. Aufl.
Berlin 1913

II. Bd. 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241-432,
Bearb. H. Siber
4. Aufl.
Berlin 1914

Protokolle — der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches
Bd. I. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Abschn. I, Abschn. II Tit. I
Berlin 1897

Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse
Berlin 1898

Bd. IV. Familienrecht
Berlin 1897

Bd. V. Erbrecht
Berlin 1899

Reichel, Hans — Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB)
in: Archiv für die Civilistische Praxis, 1o4. Bd.
Tübingen 19o9

Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
	I. Bd. Einleitung. Allgemeiner Teil Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 1-432, Bearb. Denecke, Oegg 1o. Aufl. Berlin 1953
	I. Bd. 1. Teil, Allgemeiner Teil, §§ 1-24o 11. Aufl. Berlin 1959
	I. Bd. 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-432 11. Aufl. Berlin 196o
-	zum Handelsgesetzbuch Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts III. Bd. 2. Aufl. Berlin 1963
Reinicke, Dietrich	Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969 (zit.: Rechtsfolgen)
-	Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß in: Der Betrieb 1967, S. 1o9 ff
-	Anm. zu BGH Urt. vom 27.1o.1967 V ZR 153/64 in: NJW 1968 S. 39 ff
-	Die Formbedürftigkeit einer Vollmacht zum Abschluß eines GmbH-Vorvertrages. Stellungnahme zu BGH vom 5.5.1969 - II ZR 115/68 = NJW 69, 1856 in: Neue Juristische Wochenschrift 1969, S. 183o
Reinicke, G. u. D.	Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadensersatz in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1954, S. 641 ff

Reithmann, Christoph — Belehrungspflicht, Beratung und Betreuung bei der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen
in: Deutsche Notarzeitung 1969, S. 7o ff

Riezler, Erwin — Venire contra factum proprium
Leipzig 1912

\- — Berufung auf eigenes Unrecht
in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 89. Bd. S. 177-276
Jena 1941

Schlegelberger-Vogels — Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse
Berlin 1939

Schlempp — Anm. zum Urt. des RG vom 22.1.1938 - ZAkDR 1938, 853 f
in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1938, S. 854

Schmalzl — Anm. zu BGH Urt. v. 23.11.1961 - VII ZR 251/6o NJW 1962, 36o
in: Neue Juristische Wochenschrift 1962 S. 735 f

Schmidt-Salzer, Joachim — Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht
in: Neue Juristische Wochenschrift 197o, S. 8-15

Scholz, Franz — Formnichtigkeit und Arglisteinrede
in: Neue Juristische Wochenschrift 195o, S. 81-84

\- — Kommentar zum GmbH-Gesetz
5. Aufl.
Köln-Marienburg 1964

Scholz, Franz
Fischer, Robert — Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz
6. Aufl.
Köln 1962

Schoner, Dieter — Formvorschriften für Einstellungen in Tarifverträgen
in: Betriebs-Berater 1969, S. 182 ff

Schwark — Anm. zu OLG Stuttgart, 22.1o.1969, 13 U 24/69
in: Neue Juristische Wochenschrift 197o Heft 13 S. 566 - Heft 3o S. 1321

Schwark, Eberhard	§ 313 und der Schutz des Käufers in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1970 S. 37
Siber, Heinrich	Schuldrecht Leipzig 1931
-	Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts III. Bd. S. 350-383 Berlin und Leipzig 1929
Sieg, Karl	Korrektur von Rechtsgeschäften durch den Prozeßrichter in: Neue Juristische Wochenschrift 1951, S. 506-509
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch I. Bd. §§ 1-432 9. Aufl. Stuttgart 1959
	I. Bd. §§ 1-240 10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
	II. Bd. Schuldrecht I §§ 241-610 10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
Staudinger, J.v.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. Allgemeiner Teil 11. Aufl. Berlin 1957
	II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 b § 242 11. Aufl. Berlin 1961
	II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 c §§ 249-327 10./11. Aufl. Berlin 1967
	II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse I. Teil §§ 241-580 7. /8. Aufl. München und Berlin 1912
	4. Bd. Familienrecht, §§ 1297-1362. Teil 1 10./11. Aufl. Berlin 1964

Staudinger, J.v. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
IV. Bd. Teil 1, §§ 1-24 Ehegesetz
1o./11. Aufl.
Berlin 1968

4. Bd. Teil 2, Familienrecht, §§ 1363-139o, §§ 14o8-147o
1o./11. Aufl.
Berlin 1965

V. Bd. Erbrecht. 2. Teil, §§ 2197-2385
1o./11. Aufl.
Berlin 196o

Steinberg, Wilhelm — Die Haftung für Culpa in Contrahendo
in: Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 1o
Bonn 193o

Stenographische Berichte — über die Verhandlungen des Reichstages
8. Legislaturperiode, I. Session 189o/92
Band 125, Fünfter Anlageband
Von Nr. 57o bis 669 die amtlichen Drucksachen des Reichstages enthaltend
Berlin 1892
(zit.: Steno-Berichte)

Stillschweig — Anm. zu RG JW 1918, 217 f
in: Juristische Wochenschrift 1918 S. 217

Stoll, Werner — Die Rechtsbeziehungen zwischen Träger, Siedler, Einlieger und Heimstättenausgeber bei der Kleinsiedlung;
Referat, gehalten in Grömitz 1953
Sonderdruck der Arbeitsgemeinschaft für zeitgemäßes Bauen e.V., Kiel-Wik, Stralsunderstr. 1o
Kiel April 1954

Stoll, Heinrich — Anm. zu RG JW 1927, 2118 ff
in: Juristische Wochenschrift 1927 S. 2118 ff

Stutzer — Noch einmal: Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen?
in: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1939 S. 219 ff

Titze, Heinrich — Verschulden beim Vertragsschluß
in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft VI. Bd.
Berlin und Leipzig 1929 S. 521 ff

Weitnauer, Hermann — Der arglistig getäuschte Käufer
in: Neue Juristische Wochenschrift 197o, S. 637-64o

Wieacker — Stillschweigende Hoferbenbestimmung?
in: Deutsche Notar-Zeitung 1956, S. 115 ff

Wünschmann — Kann man sich zum Erwerbe eines Grundstücks formlos verpflichten?
in: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, X. Jahrg. 19o9/191o, S. 15-21
Leipzig 191o

A b k ü r z u n g e n

ACP	Archiv für die Civilistische Praxis
ArchbürgR	Archiv für bürgerliches Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
Diss.	Dissertation
DJurTag	Deutscher Juristentag
DNotV	Deutscher Notarverein (Zeitschrift des...)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
FN	Fußnote
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HandwbRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
JheringsJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
OGHZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGPrax	Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts
RGR BGB	Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

RGR HGB	Reichsgerichtskommentar zum Handelsgesetzbuch
Rhein.KreisO	Rheinische Kreisordnung
SächsArchRpfl	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
VersR	Versicherungsrecht
VO	Verordnung
WarnRG	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgg. von Warneyer
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBlfJR	Zentralblatt für Jugendrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
FamRZ	Familienrechtszeitschrift

Einleitung

Das BGB geht von dem Grundsatz der Formfreiheit aus. Eine Einschränkung erfährt dieser Grundsatz u.a. durch die Vorschriften[1], die für gewisse Rechtsgeschäfte die Einhaltung einer bestimmten Form vorschreiben. Für die Praxis besonders bedeutungsvoll ist die Vorschrift des § 313 S. 1 BGB. Danach bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der (gerichtlichen oder)[2] notariellen Beurkundung. Ob sich das Formerfordernis nur auf die wesentlichen Bestandteile sowie den definitiven Abschluß des Rechtsgeschäfts bezieht oder ob auch der Vorvertrag, die Erteilung der Vollmacht zum Abschluß des Rechtsgeschäfts, Nebenabreden, Änderungen sowie die Aufhebung des Vertrages der Form bedürfen, ist für die einzelnen Formvorschriften anhand des von ihnen verfolgten Zweckes, also durch Auslegung, zu ermitteln[3]. Ist die danach erforderliche Form nicht gewahrt, so ist das Rechtsgeschäft regelmäßig nichtig, § 125 S. 1 BGB. Bei Teilnichtigkeit gilt § 139 BGB.

Von der Regel des § 125 S. 1 BGB gibt es allerdings eine Reihe von Ausnahmen. So ordnen etwa § 566 S. 2 BGB sowie früher § 4 der VO über die Preisüberwachung[4] eine von § 125 BGB abweichende Rechtsfolge an. Zum Teil ergibt sich auch trotz Formnichtigkeit der getroffenen Vereinbarung ein gesetzlicher Anspruch auf Abschluß eines formgerechten

---

[1] Vgl. deren Zusammenstellung bei Franz, Die formbedürftigen Geschäfte des Reichs-Privatrechts;

[2] insoweit aufgehoben durch § 56 Abs. 1 Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969 (BGBl.I, 1513);

[3] vgl. Soergel-Hefermehl, § 125 Rdnr. 5-8; Erman-Westermann, § 125, Vorbem. 5 f und Bem. 1;

[4] RGBl. 1942, I S. 451; vgl. Palandt-Danckelmann (2o. Aufl.), Anh. zu § 313, Bem. 2 zu § 4 der VO m.w.N.; BGHZ 11/9o (99).

Kaufvertrages[5] oder direkt auf Übereignung[6] aus spezialgesetzlichen Regelungen. Darüber hinaus sind Übereignungsansprüche auch ohne kauf-vertraglichen Anspruch beim Genossen einer Baugenossenschaft[7], beim Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsvertrages[8] sowie auf Grund des Art. 3 GG[9] anerkannt worden. Eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB enthalten auch die Vorschriften über die Heilung[10] und die Umdeutung[11] formnichtiger Rechtsgeschäfte.

Neben diesen unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Ausnahmen vom grundsätzlichen Nichtigkeitsgebot des § 125 S. 1 BGB hat die Rechtsprechung zunächst in Anlehnung an die Vorschrift des § 826 BGB, später unter Zugrundelegung des § 242 BGB das Institut des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung entwickelt[12], d.h. sie hat in bestimmten Fällen von Amts wegen die Nichtigkeitsfolgen nach Treu und Glauben eingeschränkt. Diese Entwicklung fand anfangs in der Literatur Widerspruch[13].

---

5) § 56 Abs. 1 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 27.6.1956 (BGBl. I, S. 523) i.d. Fassung vom 1.9.1965 (BGBl. I, S. 1617); BGH in WM 1966, S. 1086 (1087); vgl. Klingsporn in Der Betrieb 1965, S. 368 ff m.w.N.;

6) § 58 Abs. 2 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes, vgl. Klingsporn, a.a.O., S. 368 m.w.N.;

7) Pikart, WM 1963, S. 1020 m.w.N. der Rechtsprechung;

8) BGH in DNotZ 1969, S. 744 (745); in NJW 1969, S. 1760 f sub IV; in DNotZ 1970, S. 289, jeweils m.w.N.;

9) BGHZ 29/76 (81);

10) vgl. die §§ 313 S. 2, 518 Abs. 2; 766 S. 2, 2301 Abs. 2 BGB; § 17 Abs. 2 EheG; § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG; § 1027, Abs. 1 S. 2 ZPO. Zur Frage ihrer analogen Anwendung, s. Staudinger-Weber § 242, D 422;

11) § 140 BGB, s. dazu Reinicke, Rechtsfolgen, S. 88 ff;

12) zur Entwicklung der Rechtsprechung s. Staudinger-Weber, § 242, D 427-430 (Reichsgericht); D 431-436 (BGH); vgl. näher dazu, unten S. 63 ff der Arbeit;

13) Matthießen, DGWR 1938, S. 213 ff; ders. ebenda, 1939, S. 223 ff; Reichel, ACP Bd. 104, S. 1 ff (47); Josef, ArchbürgR Bd. 36, S. 60 ff; Siber, RGPrax. III, S. 376 f; ebenso noch OLG Koblenz in DRZ 1949, S. 40 ff.

Heute wird sie jedoch zu Recht allgemein anerkannt[14]. Die Zulässigkeit des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung beruht hier auf der Erwägung, daß trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der Formvorschrift die lückenlose Durchführung des Prinzips der Formnichtigkeit im Einzelfall zu einer vor der Rechtsordnung nicht zu verantwortenden unerträglichen Ungerechtigkeit führen kann[15].

In der Literatur wird noch weitergehend zum Teil die Ansicht vertreten, daß auch bei an sich tatbestandsmäßigem Eingreifen der Formvorschrift die Nichtigkeit dann nicht eintritt, wenn die Zwecke der Formen im Einzelfall nicht akut werden oder auf andere Weise gewahrt worden sind[16]. Die herrschende Ansicht[17] lehnt eine derart weitgehende Einschränkung der Formvorschriften zu Recht ab.

Vielfach wird auch versucht, für bestimmte Fälle eine befriedigende Lösung mit Hilfe des Schadensersatzrechts zu finden. Dabei ging der Streit zunächst ausschließlich um die deliktische Haftung aus § 826, § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB. Heute haben diese Anspruchsgrundlagen ihre Bedeutung für unseren Fragenkreis weitgehend verloren, da dann, wenn ihre tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorliegen, der formnichtige Vertrag nach § 242 BGB als gültig zu behandeln ist[18]. Mangels eines Schadens tauchen dann die Schadensersatzprobleme nicht auf.

---

14) Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 23 m.w.N.;

15) vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 17 zu FN 49;

16) Danz, Auslegung, S. 186 f; vgl. Coing, Dt. Notartag 1965, S. 29, 32 f; Esser, Schuldrecht I, § 6 III 3, S. 39; Medicus, Bürgerliches Recht, § 8 III 3 c, S. 66;

17) BGH, WM 1965, S. 48o (482) = LM Nr. 23 zu § 313 BGB; BGHZ 16/334 (335) = WM 1955, S. 1172 (1173); Reinicke in NJW 1969, S. 183o (1831) m.w.N.; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 346, 356 a.E.;

18) siehe näher unten S. 63 ff der Arbeit.

Umso größer ist dagegen die Bedeutung, die die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo)[19] in diesem Problemkreis erlangt hat. Diese Haftung tritt bereits bei fahrlässigem Verhalten ein. Ziel dieser Arbeit ist es, zu prüfen, inwieweit das Institut der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß geeignet ist, die sich in den verschiedenen Fallgruppen ergebenden Interessenkonflikte sachgerecht zu lösen. Gegenstand des ersten Teils dieser Arbeit wird die für die Praxis besonders bedeutungsvolle Haftung aus c.i.c. beim formnichtigen Abschluß von Grundstückskaufverträgen sein. Im zweiten Teil der Arbeit werden dann die speziellen Probleme erörtert werden, die beim formnichtigen Abschluß sonstiger privatrechtlicher Rechtsgeschäfte auftreten.

In der bisherigen Diskussion über die Haftung aus c.i.c. bei formnichtigen Grundstückskaufverträgen stand die Frage der Art und des Umfanges der Schadensersatzhaftung im Mittelpunkt der Auseinandersetzung. Da eine sachgerechte Entscheidung in dieser Frage aber nur möglich ist, wenn Klarheit über die Voraussetzungen der Haftung besteht, soll als erstes der haftungsbegründende Tatbestand untersucht werden.

---

[19] im folgenden c.i.c.

Erster Teil: Die Haftung wegen culpa in contrahendo beim formnichtigen Abschluß von Grundstückskaufverträgen

§ 1 Der haftungsbegründende Tatbestand

Die grundsätzliche Anerkennung einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ist heute nicht mehr zweifelhaft. Sie beruht darauf, daß die - mangels eines wirksamen Vertragsschlusses sonst nur eingreifende - deliktische Haftung aus § 823 BGB wegen des ungenügenden Schutzes des Vermögens und der Möglichkeit des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB dann als zu eng anzusehen ist, wenn die Parteien bereits in Vertragsverhandlungen eingetreten sind[1]. Durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen nehmen die Beziehungen der Parteien vertragsähnlichen Charakter an, der es rechtfertigt, sie nicht nur dem Deliktsrecht, sondern einer vertragsähnlichen Haftung zu unterstellen. Diese verschärfte Haftung findet, wie Ballerstedt[2] nachgewiesen hat, ihren inneren Grund darin, daß die Parteien mit Fortschreiten der Verhandlungen in immer stärkerem Maße Vertrauen gewähren, d.h. ihre Vermögensgüter der Eingriffsmöglichkeit des Partners eröffnen und dafür in dem gleichen Maß Vertrauen in Anspruch nehmen dürfen. Auf Grund dieses vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses entstehen zwischen den Verhandlungspartnern Sorgfalts-, Aufklärungs- und Erhaltungspflichten, deren Verletzung eine vertragsähnliche Haftung zur Folge hat[3]. Diese Haftung setzt den Abschluß eines wirksamen Vertrages nicht voraus[4]. Eine Fallgruppe der c.i.c. bilden da-

---

[1] Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 a a.E.; ausführlich Brox, Allg. Schuldrecht, S. 33 f; Rdnr. 55;

[2] ACP Bd. 151 (1950/51), S. 501 (506 f);

[3] Staudinger-Weber, § 242, A 416 ff; Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, S. 39;

[4] A.A. früher Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß, S. 58 f. Die heute h.M. verlangt zu Recht nicht einmal den Tatbestand eines Vertragsschlusses: Staudinger-Weber, § 242, A 421; A 783.

her die Sachverhalte, in denen ein Teil in dem anderen das Vertrauen auf die Gültigkeit eines in Wahrheit nicht wirksam zustandegekommenen Rechtsgeschäfts erweckt[5]. Ungeklärt ist jedoch die Frage, inwieweit Schutz- und Aufklärungspflichten anzuerkennen sind, wenn der abgeschlossene Vertrag der Form bedarf.

I. Die Schutzpflichten

Auf Grund des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses besteht zwischen den Partnern die vorvertragliche Schutzpflicht[6], nicht durch falsche Erklärungen, also durch positives Tun in dem anderen Teil den Irrtum zu erregen oder zu bestärken, das abzuschließende Rechtsgeschäft oder eine bestimmte Nebenabrede bedürfe keiner Form[7]. Diese Pflicht trifft beide Parteien, beim Grundstückskaufvertrag also sowohl den Verkäufer als auch den Käufer. Im folgenden soll jedoch grundsätzlich von der Pflichtverletzung des Verkäufers ausgegangen werden, da der Schaden wegen der wirtschaftlichen Entwicklung zumeist den Käufer trifft[8]. Diese Pflicht ist in der Regel dann verletzt, wenn die Erklärung objektiv falsch ist. Ein Teil darf den anderen nicht belügen[9]. Diese Regel bedarf jedoch der Einschränkung. Nicht jede objektiv falsche Erklärung verletzt eine Schutzpflicht. Denn für die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß ist das gesteigerte, vertragsähnliche Vertrauensverhältnis wesentlich. Eine

---

5) Zu den Fallgruppen vgl. Erman-Sirp, § 276, Anm. 8;

6) zum Begriff siehe Staudinger-Weber, § 242, A 806;

7) Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 357; so schon Matthießen in DGWR 1938, S. 213 (217); zweifelnd Lorenz in ACP Bd. 156, S. 381 (4oo f);

8) zur Haftung des Käufers siehe unten, S. 48 ff der Arbeit;

9) Reinicke, a.a.O.

Schutzpflicht ist daher nur dann verletzt, wenn die Erklärung den Umständen nach objektiv geeignet[10] gewesen ist, in dem Partner das Vertrauen auf die Richtigkeit der Erklärung zu rechtfertigen. Für diese Frage ist einmal die Bestimmtheit maßgeblich, mit der die Erklärung abgegeben wird. Nicht jede im Verlauf der Vertragsverhandlungen erfolgte vage Äußerung zur Formbedürftigkeit kann bereits eine vorvertragliche Pflichtverletzung darstellen. Weiterhin ist von Bedeutung, ob der Erklärende[11] - dem Partner erkennbar - in der Materie sachkundig ist oder zumindest vorgibt, sachkundig zu sein. Denn das Vertrauen auf die rechtliche Auskunft einer juristisch nicht vorgebildeten Person kann nicht schutzwürdig sein, sofern der Erklärende nicht dem Partner gegenüber eine besondere Sachkunde in Anspruch nimmt, wie es etwa der Fall ist, wenn der Grundstücksverkäufer die Beurkundung einer bestimmten Nebenabrede mit dem Hinweis für unnötig erklärt, daß er längere Zeit bei einem Notar beschäftigt gewesen sei, oder wenn er vorgibt, sich bei kompetenter Stelle erkundigt zu haben. Stimmt seine Auskunft nicht, so hat er damit seine vorvertragliche Schutzpflicht verletzt. Daß er tatsächlich in der Materie nicht sachkundig war, steht dann der Schutzwürdigkeit des Vertrauens seines Partners nicht entgegen.

Es ist also festzuhalten, daß eine objektiv falsche Erklärung zur Formbedürftigkeit nur dann eine Verletzung der objektiven[12] vorvertraglichen Schutzpflicht darstellt, wenn sie mit einer gewissen Bestimmtheit vorgebracht worden ist und wenn der Erklärende allgemein oder in dieser Materie rechtskundig ist oder doch vorgibt, rechtskundig zu sein.

---

10) Ob der Partner tatsächlich darauf vertraut hat, ist m.E. eine Frage der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden und daher für die Feststellung der Pflichtverletzung außer Betracht zu lassen;

11) zur Rechtskundigkeit des anderen Teils vgl. unten S. 24 ff und S. 78 ff der Arbeit;

12) zur Frage, wann diese Verletzung schuldhaft ist, siehe § 2 der Arbeit.

II. Die Aufklärungspflichten

Neben den Schutzpflichten können zwischen den Verhandlungspartnern besondere Aufklärungspflichten[13] bestehen. So ist anerkannt, daß ein Teil den anderen auch ungefragt über Umstände aufzuklären hat, die zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet sind und daher für die Entschließung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sein können[14]. Es fragt sich, wieweit dieser Grundsatz für die Frage der Formbedürftigkeit gilt.

1. Aufklärungspflichten bei Kenntnis der Formbedürftigkeit

Am ehesten wird man eine Aufklärungspflicht bezüglich der Formbedürftigkeit bejahen können, wenn diese der betreffenden Partei bekannt ist[15]. Daß die Formbedürftigkeit ein Umstand ist, dessen Nichtberücksichtigung den Vertragszweck vereiteln und daher für die Entschließung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sein kann, dürfte nicht zweifelhaft sein. Die Literatur[16] geht daher in diesem Fall davon aus, daß der kundige dem unkundigen Partner gegenüber verpflichtet ist, diesen über die erforderliche Form zu informieren.

---

13) Zum Begriff siehe Staudinger-Weber, § 242, A 8o6 f;

14) BGH in Der Betrieb 1954, S. 368 (Leitsatz); Staudinger-Weber, § 242, A 831 m.w.N.;

15) Diese Aufklärungspflicht ist allerdings nur dann von Bedeutung, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung (vgl. unten, S. 66 ff der Arbeit) und mit dem BGH der Auffassung ist, daß die Kenntnis der Formbedürftigkeit des Vertrages allein zu dessen Aufrechterhaltung gemäß § 242 BGB nicht ausreicht;

16) Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o); ebenso schon Schlegelberger-Vogels:Epping, § 242, Anm. 36; grundsätzlich wohl auch Planck-Siber, Vorbem. I 4 b ß cc zu §§ 275-292 (S. 193). A.A. früher Stoll, Anm. zu RG in JW 1927, S. 2118, ebenda, S. 2119 (sub 1 e alpha).

Der Bundesgerichtshof hat dagegen vorsichtiger formuliert. In einem derartigen Fall[17] führt er aus: "Unter diesen Umständen wirft sich die Frage auf, ob nicht die Klägerin Sorgfaltspflichten zuwiderhandelte, die durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien begründet worden waren und die weitgehend durch einen Rechtsanwalt als ihren Prokuristen handelnde Klägerin hätte veranlassen müssen, den Beklagten auf die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung auch des Vorvertrages zum Zwecke seiner Wirksamkeit aufmerksam zu machen."

Diese Zurückhaltung ist m.E. berechtigt[18]; denn die Kenntnis der Formbedürftigkeit allein reicht zur Begründung einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht dann nicht aus, wenn der Formkundige davon ausging und den Umständen nach auch davon ausgehen durfte[19], auch der andere kenne die Formbedürftigkeit. Es ist also danach zu differenzieren, ob der Formkundige von der Unkenntnis des anderen Teils wußte oder sie doch für möglich hielt oder ob er von dessen Kenntnis ausging.

Für den Fall, daß der Formkundige von der (möglicherweise bestehenden) Unkenntnis seines Partners ausging, ist eine Aufklärungspflicht stets zu bejahen[2o]. Dem steht nicht entgegen, daß sich die Aufklärungspflichten im allgemeinen auf Umstände beziehen, die in erster Linie der Kenntnis nur einer Partei zugänglich sind[21], während die Formbedürftigkeit

---

17) BGH in WM 1966, S. 89 (91). Grundsätzlich zustimmend Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 341, sowie Rdnr. 357;

18) sie beruht auch nicht auf unzureichenden tatrichterlichen Feststellungen. Die Klägerin hatte, wie ausdrücklich festgestellt, Kenntnis;

19) siehe unten, S. 1o der Arbeit;

2o) a.A. hinsichtlich der Formbedürftigkeit eines Widerspruchs gegen die Kündigung eines Mietvertrages (§ 556 a Abs. 5 BGB) Korff, NJW 1966, S. 5o5 f;

21) also in der Sphäre nur einer Partei liegen. Vgl. dazu RG in JW 1927, S. 1o86 f, sowie Staudinger-Weber, § 242, A 831 "Umstände, die dieser (!) /d.h. der Geschädigte/ nicht kennen kann".

eine Rechtsfrage darstellt, deren Kenntnis in der Regel beiden Parteien gleichermaßen möglich ist[22]. Denn es widerspricht in erheblichem Maße dem zwischen beiden Verhandlungspartnern bestehenden Gebot von Treu und Glauben, wenn derjenige, der die Formbedürftigkeit und deren Unkenntnis auf seiten des anderen Teils kennt, mit diesem sehenden Auges ein Rechtsgeschäft abschließt, das der andere für bindend hält, aus dem er aber keinerlei Ansprüche erhält.

Zweifelhaft ist dagegen, ob eine Aufklärungspflicht auch stets dann besteht, wenn der die Formbedürftigkeit Kennende annahm, auch dem anderen Teil sei diese bekannt[23]. Reinicke[24] hat die Aufklärungspflicht des Formkundigen ohne Einschränkung bejaht. Im Ergebnis ist diese Auffassung unbedenklich, da die weiter zu untersuchende Frage, ob der Formkundige nach den gesamten, ihm bekannten Umständen von der Kenntnis des anderen Teils ausgehen durfte, jedenfalls bei der Prüfung des Verschuldens[25] zu berücksichtigen ist. Bedenken ergeben sich allerdings aus dogmatischer Sicht. Die Frage, ob jemand nach den Umständen des Falles davon ausgehen durfte, auch dem anderen Teil sei die Formbedürftigkeit bekannt, berührt m.E. bereits die Frage der objektiven Pflichtverletzung. Durfte der eine Teil nach den Umständen von der Kenntnis auch des anderen Teils ausgehen, so war er auch nicht zu dessen Aufklärung verpflichtet. Es fehlt bereits die Pflichtverletzung und nicht erst das Verschulden.

---

22) Lorenz, ACP Bd. 156, S. 381 (4oo), hat aus diesem Grund gewisse Bedenken gegen die Heranziehung der Lehre von der c.i.c.;

23) hier kommt eine Aufrechterhaltung des Vertrages über § 242 BGB allein wegen der Kenntnis der Formbedürftigkeit nicht in Betracht, Reinicke, Rechtsfolgen, S. 5o;

24) in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o);

25) § 276 Abs. 1 S. 2 BGB: Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt.

Ergibt sich dagegen (für einen sorgfältigen Verhandlungspartner) aus den Umständen, daß der andere Teil das Rechtsgeschäft möglicherweise für formlos gültig hält, so ist der Formkundige auch dann zur Aufklärung verpflichtet, wenn er aus den Umständen diesen Schluß nicht gezogen und den Partner nicht aufgeklärt hat. Darin, daß er es nicht getan hat, liegt dann stets die objektive Pflichtverletzung und der Schuldvorwurf begründet. Diese Überschneidung von Tatbestands- und Schuldprüfung beruht hier darauf, daß das Verschulden bei Vertragsschluß bereits tatbestandsmäßig die Verletzung einer Sorgfaltspflicht erfordert, die im allgemeinen erst den Fahrlässigkeitsvorwurf zur Folge hat, § 276 BGB.

Für die Frage, ob der Rechtskundige im Einzelfall auch von der Kenntnis der Formbedürftigkeit seines Partners ausgehen durfte, ist zunächst einmal die Schwierigkeit der Formfrage von Bedeutung. Es leuchtet ein, daß er bei rechtlich einfachen eher als bei komplizierten Formfragen von der Kenntnis des Partners ausgehen darf. So kann der Grundstücksverkäufer in der Regel die Kenntnis des Käufers davon voraussetzen, daß der Kaufvertrag nicht nur der Schriftform, sondern der notariellen Beurkundung bedarf. Er darf aber nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß dieser auch Kenntnis hat vom Umfang der Formbedürftigkeit hinsichtlich der Nebenabreden, des Vorvertrages oder der Erfordernisse bei Verweisungen auf andere Urkunden. Ein weiteres Kriterium für die Frage, ob der Verkäufer von der Kenntnis des Käufers[26)] ausgehen darf, ist die allgemeine Rechtskundigkeit des Käufers, so wie sie dem Verkäufer aus den ihm bekannten Umständen, etwa der Stellung und dem Auftreten des Käufers, erkennbar ist. Führt die Wertung dieser Umstände zu dem Schluß, daß der Verkäufer nicht davon ausgehen durfte, daß der Käufer die Formbedürftigkeit kennt, so ist damit - eben wegen der Kenntnis des

---

26) oder umgekehrt, siehe oben, S. 6 FN 8 der Arbeit.

Verkäufers - festgestellt, daß er seine Aufklärungspflicht verletzt hat.

2. Aufklärungspflicht bei eigener Unkenntnis der Formbedürftigkeit

Im vorhergehenden ist die Frage untersucht worden, wann eine Aufklärungspflicht dessen besteht, der die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts kennt. Hier interessiert nun die Frage, inwieweit eine Aufklärungspflicht bei eigener Unkenntnis der Formbedürftigkeit bestehen kann. Sicher ist eine derartige Pflicht nur in Ausnahmefällen anzunehmen, da sich grundsätzlich jeder selbst über die rechtlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts zu erkundigen hat[27]. Die Frage lautet hier, unter welchen Voraussetzungen ein Teil nicht nur sich selbst gegenüber, sondern auch im Interesse des anderen Teils verpflichtet sein kann, sich über die Formerfordernisse zu erkundigen und den Verhandlungspartner auf die einzuhaltende Form hinzuweisen.

Eine solche Pflicht kann einmal dann bestehen, wenn es ein Teil dem anderen gegenüber übernommen hat, sich nach den rechtlichen Erfordernissen des abzuschließenden Vertrages zu erkundigen, er diese Auskunft aber nicht oder bei einer untauglichen Stelle einholt. Im übrigen ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Erkundigungs- und Aufklärungspflichten bei eigener Unkenntnis bestehen können, ungeklärt. Während solche Pflichten zunächst überwiegend als zu weitgehend abgelehnt wurden[28], hat sie der Bundesgerichtshof im

---

27) Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9; Lorenz in ACP Bd. 156, S. 381 (4oo); Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 171; vgl. zur Unmöglichkeit, Protokolle I, S. 453;

28) Planck-Siber, Vorbem. I 4 b ß cc (S. 193); Schlegelberger-Vogels: Epping, § 242, Rdnr. 36; Stoll, Anm. zu RG in JW 1927, S. 2118 ff; ebenda, S. 2119; Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (217); Oertmann, ACP Bd. 121, S. 122 (127); offen Heldrich in ACP Bd. 147, S. 89 (117), FN 3; a.A. bereits Hildebrandt a.a.O., S. 171; Brenner, Diss., S. 22. Das Reichsgericht brauchte zu dieser Frage nicht Stellung zu nehmen, da es diese Fälle nach § 242 BGB löste.

Kaufeigenheimfall[29] mit folgender Erwägung bejaht: "Die Klägerin, ein gemeinnütziges Wohnungsunternehmen, hat die beklagten Eheleute, die sich als Bewerber für ein Kaufeigenheim vertrauensvoll an sie wandten, zum Abschluß einer nach §§ 313, 125 BGB nichtigen Vereinbarung veranlaßt, indem sie ihnen ein von ihr selbst entworfenes Schriftstück zur Unterzeichnung vorlegte, von dem die Beklagten glaubten, damit sei alles Erforderliche geschehen und sie würden, soweit sie die ihrerseits geschuldeten Leistungen erbracht hätten, im Grundbuch eingetragen. Dadurch, daß die Klägerin es unterließ, die Beklagten auf die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung der getroffenen Vereinbarungen aufmerksam zu machen, hat sie den Sorgfaltspflichten zuwider gehandelt, die durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien begründet worden waren... Die Nichtaufklärung ihrer Verhandlungspartner hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Vorvertrages gereicht der Klägerin auch zum Verschulden. Wenn ihr wirklich, ihrer Behauptung zufolge, 'diese Nichtigkeit gar nicht bewußt' gewesen sein sollte, so wäre jedenfalls von ihr in ihrer Eigenschaft als Handelsgesellschaft und gemeinnütziges Wohnungsunternehmen zu erwarten gewesen, daß sie, bevor sie derartige Grundstücksverträge mit Kaufbewerbern abschloß, in geeigneter Weise Rechtsauskunft über die dabei zu beachtenden Formvorschriften einholte". Im folgenden sind daher die Kriterien zu analysieren, die die Anerkennung einer Erkundigungspflicht bei eigener Unkenntnis rechtfertigen könnten.

Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist der Status der Gemeinnützigkeit eines der Verhandlungspartner. Nun hat zwar der Bundesgerichtshof im "Kaufeigenheimfall"[30] das Kriterium der

---

[29] in WM 1965, S. 315 (316), bestätigt in BGH in WM 1965, S. 674 (675), zustimmend Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9;

[30] BGH in WM 1965, S. 315 (316); ebenso Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9.

Gemeinnützigkeit nur im Rahmen des Verschuldens geprüft. Dogmatisch sauberer, wenn auch für die praktische Lösung dieser Fälle im Ergebnis unschädlich, dürfte es jedoch sein, diesen Gesichtspunkt bereits zur Begründung der Aufklärungspflicht, d.h. zur Feststellung der Pflichtverletzung als Merkmal des objektiven Tatbestandes heranzuziehen. Daß die Verletzung der Aufklärungspflicht ein Merkmal des objektiven Tatbestandes der c.i.c.-Haftung ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Die Aufklärungspflicht setzt jedoch bei eigener Unkenntnis des Aufklärungspflichtigen die Anerkennung einer Erkundigungspflicht voraus. Dann muß aber auch die auf der Gemeinnützigkeit beruhende Erkundigungspflicht bereits zum objektiven Tatbestand und nicht erst zur Frage des Verschuldens gehören[31].

Kommt einem Verhandlungspartner der Status der Gemeinnützigkeit zu, so beruhen die gesteigerten Sorgfaltspflichten darauf, daß ein gemeinnütziges Unternehmen auf Grund seiner sozialen Funktion nicht, wie sonstige Privatpersonen, ausschließlich die eigenen Interessen wahrnehmen, also weitgehend eigennützig handeln darf, sondern im größeren Umfang auch die Belange des anderen Teils berücksichtigen, d.h. gemeinnützig handeln muß. Hat das Unternehmen aber seinem Status entsprechend gemeinnützig zu handeln, so ist die Pflicht zur Wahrung der erforderlichen Form nicht mehr eine Pflicht nur gegenüber sich selbst, sondern auch gegenüber dem Verhandlungspartner[32]. Durch die Gemeinnützigkeit wird somit die Sphäre des Unternehmens erweitert[33]. Diese Erweiterung des Pflichtenkreises ist nur ein angemessener Ausgleich für die mit dem Status der Gemeinnützigkeit verbun-

---

31) Vgl. oben, S. 1o f der Arbeit;

32) Werner Stoll, Die Rechtsbeziehungen, S. 14: "Der Träger ist nicht nur Vertragsgegner der Siedler, sondern ihr Berater und Betreuer.";

33) vgl. oben, S. 9 FN 21 der Arbeit.

denen Vorteile[34]. Die Gemeinnützigkeit ist somit ein wesentliches Kriterium für die Anerkennung der Erkundigungs- und Aufklärungspflichten.

Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt auch ein Vergleich mit der Rechtslage bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten. Bei diesen ergibt sich eine Erkundigungs- und Aufklärungspflicht einmal daraus, daß sich bestimmte Formvorschriften nur auf die Erklärungen von Vertretern der öffentlichen Hand beziehen[35] und zum Teil sogar von der öffentlichen Hand selbst aufgestellt worden sind[36]. Die Kenntnis dieser Formvorschriften fällt bereits wegen deren öffentlich-rechtlichem Charakter in die Sphäre der öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Zu Recht hat die Rechtsprechung in diesen Fällen - im Zusammenhang mit § 242 BGB - angenommen, daß die Beamten oder sonstigen gesetzlichen Vertreter der öffentlichen Hand die für sie geltenden Formvorschriften hätten kennen müssen und für ihre Beachtung hätten sorgen sollen[37].

Die besonderen Erkundigungs- und Aufklärungspflichten der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten beschränken sich jedoch nicht auf die öffentlich-rechtlichen Formvorschriften, sondern erfassen auch die rein privatrechtlichen Formvorschriften. Sie ergeben sich hier daraus, daß die Beamten und sonstigen Vertreter der öffentlichen Hand, auch

---

34) z.B. billigere Darlehen, Steuervergünstigung;

35) gemeint sind die sogen. öffentlich-rechtlichen Formvorschriften, z.B. § 56 Abs. 1 S. 1 GONRW;

36) z.B. Sparkassensatzung, vgl. BGH in WM 1958, S. 584 ff. Das Formerfordernis entspricht hier dem durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, also rechtsgeschäftlich vereinbarten Formerfordernis, § 125 S. 2 BGB;

37) BGH in WM 1958, S. 584 ff (für die in eigener Sparkassensatzung vorgeschriebene Form); BGH in WM 1966, S. 621 (623) zu § 71 Abs. 2 der HessGO.; RG in JW 1936, S. 1826 (§ 81 Abs. 3 der Rhein.KreisO.); JW 1938, S. 1023 (1024) (§ 56 Ziff. 8 Westf.StädteO); ebenso Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 109, und ders., Rechtsfolgen, S. 135, S. 146 f.

wenn sie nicht öffentlich-rechtlich tätig werden, "Helfer des Staatsbürgers"[38] sind. Das bedeutet, daß auch die öffentliche Hand nicht nur Vertragsgegner ist, sondern gleichzeitig die Interessen des Bürgers wahrzunehmen hat, der mit ihr in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt[39]. Für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sowie für die gemeinnützigen Wohnungsbaugesellschaften gilt somit das Gebot gemeinnützigen Verhaltens mit der Folge, daß sie sich grundsätzlich auch im Interesse des Verhandlungspartners nach den rechtlichen Erfordernissen des Vertragsschlusses und damit auch nach den einzuhaltenden Formvorschriften zu erkundigen haben.

Neben dem Gesichtspunkt der Gemeinnützigkeit spielt für die Annahme von Erkundigungs- und Aufklärungspflichten auch die Erwägung eine Rolle, daß der Verkäufer die Formnichtigkeit veranlaßt hat, indem er den Kaufbewerbern selbstentworfene formularmäßige Schriftstücke zur Unterzeichnung vorgelegt hat[4o]. M.E. rechtfertigt dieser Gesichtspunkt - jedenfalls grundsätzlich - bereits für sich allein die Annahme einer besonderen Erkundigungs- und Aufklärungspflicht. Denn während der Gesetzgeber bei Schaffung des § 313 BGB vom individuell ausgehandelten Kaufvertrag ausging und in erster Linie den bäuerlichen Grundstückseigentümer vor einer Übervorteilung durch den "Güterschlächter" schützen wollte[41], ist nunmehr angesichts der Entwicklung des Grundstücksmarktes

---

38) BGH in NJW 196o, S. 1244 f;

39) BGH in Der Betrieb 196o, S. 1452 = WM 196o, S. 1384 (1386); zustimmend Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9; vgl. ferner BGH in NJW 197o, S. 1414; sowie LG Mannheim in NJW 1965, S. 22o3 f mit insoweit zustimmender Anmerkung von Korff in NJW 1966, S. 5o5 f;

4o) vgl. die oben genannten Urteile BGH in WM 1965, S. 315 (316); WM 1965, S. 674 (675);

41) Protokolle I, S. 461.

ein Schutzbedürfnis auch des Käufers nicht von der Hand zu weisen[42]. In immer größerem Umfange erwerben finanzkräftige Grundstücks- und Wohnungsbaugesellschaften größere Gebiete Bauland, parzellieren das Gelände und verkaufen die Parzellen - zumeist bebaut - im Wege formularmäßiger Massenabschlüsse. Da Formulare in weit stärkerem Maß den Eindruck des Endgültigen und Verbindlichen erwecken als ein individuell ausgehandelter Vertrag, und da die Unternehmen auch wegen ihres wirtschaftlichen Gewichts durch die Benutzung der Formulare eine besondere Sachkunde in Anspruch nehmen, ist das Vertrauen der Käufer auf die Verbindlichkeit der Vereinbarung schutzwürdig. Es ist auch zu bedenken, daß durch den fehlerhaften Massenabschluß stets eine große Anzahl von Käufern betroffen wird. Zudem darf bei den Gesellschaften schon wegen ihrer gewerbsmäßigen Betätigung auf dem betreffenden Rechtsgebiet die Kenntnis der einschlägigen Vorschriften eher erwartet werden als bei einem Laien. Es ist daher gerechtfertigt, den Verkäufer in diesen Fällen für verpflichtet zu halten, vor Abschluß derartiger Massenverträge in geeigneter Weise Rechtsauskunft über die einzuhaltende Form einzuholen.

In vielen Fällen kann sich eine Pflicht zur Erkundigung nach der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages und zur entsprechenden Aufklärung des Partners auch aus der Kumulation verschiedener Pflichten des Verkäufers ergeben. Denn häufig beschränkt sich die beabsichtigte Verpflichtung des Verkäufers nicht auf die bloße Veräußerung des Grundstücks. Er kann vielmehr nach der getroffenen Vereinbarung darüber hinaus dazu verpflichtet sein, das zu übereignende Grundstück erst noch von dritter Hand zu erwerben, es vor der Übereignung in bestimmter Weise zu bebauen oder die erforderliche Finanzierung in die Hand zu nehmen. In diesen Fällen gilt, soweit sich Aufklärungspflichten nicht aus den

---

[42] OLG Stuttgart in NJW 1970, S. 566; vgl. ferner unten, S. 48 ff der Arbeit.

bereits erörterten Kriterien ergeben, folgendes:

Ist der Grundstücksverkäufer nach der getroffenen Vereinbarung verpflichtet, das Grundstück aus dritter Hand zu erwerben, so kommt es für unsere Frage darauf an, ob er das Grundstück für eigene Rechnung oder für Rechnung des Käufers, d.h. in Treuhand erwerben soll.

Ist vereinbart, daß der Verkäufer das Grundstück für eigene Rechnung erwerben soll, so ergibt sich allein aus der zusätzlichen Verpflichtung des Verkäufers zur Beschaffung des Grundstücks keine Pflicht, sich nach den einzuhaltenden Formvorschriften zu erkundigen und den Partner entsprechend aufzuklären; denn es kann für den Umfang der diesbezüglichen vorvertraglichen Pflichten keinen Unterschied machen, ob der Verkäufer ein bereits ihm gehörendes Grundstück veräußern oder erst das zu veräußernde Grundstück auf eigene Rechnung beschaffen soll.

Anders liegt der Fall jedoch, wenn die Beschaffung des Grundstücks durch den Verkäufer auf Rechnung des Käufers erfolgen soll. In diesen Fällen stellt sich die Vereinbarung, daß der Verkäufer das Grundstück für den Käufer zu erwerben hat, als Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages i.S. des § 675 BGB dar. Dem Käufer steht daher trotz der Nichtigkeit des Kaufvertrages auf Grund des § 667 BGB ein gesetzlicher Anspruch auf das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte und damit auch Übereignung des Grundstücks zu[43]. Die unterschiedliche Behandlung dieses Falles gegenüber dem zuvor besprochenen Fall entspricht der Interessenlage; denn während der Käufer dann, wenn der Verkäufer das Grundstück auf eigene Rechnung erwerben soll, insoweit noch keine eigene Verbindlichkeit eingegangen ist, hat er dann, wenn der Verkäufer das Grund-

---

[43] BGH in DNotZ 1969, S. 744; in NJW 1969, S. 1760 (1761 sub IV); in DNotZ 1970, S. 289, jeweils mit weiteren Nachweisen.

stück auf Rechnung des Käufers erwerben sollte, dem Verkäufer auf Grund des formlos gültigen Geschäftsbesorgungsvertrages die Erwerbskosten vorzulegen oder zu erstatten. Dann muß ihm (dem Käufer) aber auch die Gegenleistung und folglich ein Anspruch auf Übereignung des vom Verkäufer erworbenen Grundstücks zustehen. Da in diesem letzteren Fall bereits ein Anspruch auf Übereignung des Grundstücks kraft Gesetzes (§ 675 i.V. mit § 667 BGB) besteht, stellt sich hier folglich mangels eines Schadens das Problem des Schadensersatzes und der Verletzung von Aufklärungspflichten nicht.

Ist der Grundstücksverkäufer nach der getroffenen Vereinbarung verpflichtet, das (ihm gehörende oder noch auf eigene Rechnung zu erwerbende) Grundstück vor dessen Übereignung in bestimmter Weise zu bebauen, so kommt es für die Frage der Aufklärungspflichten wiederum darauf an, ob die Bebauung des Grundstücks auf eigene Rechnung oder auf Rechnung des Käufers erfolgen soll.

Ist vereinbart, daß das Gebäude auf Rechnung des Käufers errichtet werden soll, so ist dieser Bauherr. Dem steht nicht entgegen, daß nicht er, sondern der Veräußerer Eigentümer des Grundstücks ist, auf dem das Gebäude errichtet werden soll[44]. Eine auch auf rechtliche Fragen bezogene Betreuungspflicht kann sich daher in diesen Fällen aus einem ausdrücklich oder stillschweigend[45] geschlossenen Bauherrn-Betreuer-Vertrag i.S. der §§ 37, 38 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes ergeben. Wenn diese Betreuungspflicht auch nicht vorvertraglicher, sondern vertraglicher Natur ist, so soll sie doch wegen des Sachzusammenhangs an dieser Stelle näher untersucht werden. Zum Abschluß eines sogenannten Bauherrn-Betreuer-Vertrages können neben den gemeinnützigen auch die freien, rein kommerziellen Wohnungsbauunternehmen, Architekten usw. ver-

---

[44] Ehrenfort, Kommentar zum Zweiten Wohnungsbaugesetz, S. 307;
[45] bejaht in BGH in WM 1964, S. 679 (681/682).

pflichtet sein[46]. Gerade dort liegt die Bedeutung der Betreuungspflicht für unser Problem, da sich bei den gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen eine Erkundigungs- und Aufklärungspflicht schon auf Grund ihres Status der Gemeinnützigkeit ergibt[47].

Ob ein derartiger Bauherrn-Betreuer-Vertrag zustandegekommen ist, mag im Einzelfall eine Frage der Auslegung sein. Führt diese zu der Feststellung, daß ein solcher Vertrag geschlossen worden ist, so ist der Betreuer in erster Linie zur Betreuung des Bauherrn in technischer, finanzieller[48] und wirtschaftlicher Hinsicht verpflichtet[49]. Diese Betreuungspflicht erstreckt sich aber dann auch auf rechtliche Fragen, wie die für die Übereignung sowie den Kaufvertrag einzuhaltenden Formvorschriften, wenn der Betreuer nicht nur das Gebäude errichten, sondern, wie es hier der Fall ist, zugleich zur Übereignung des bebauten Grundstücks verpflichtet sein soll. Eine Betreuung allein in technischer, finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht würde hier das Vertragsziel nicht erreichen können.

Doch auch dann, wenn der Abschluß eines Bauherrn-Betreuer-Vertrages nicht festgestellt werden kann, ist der Verkäufer hier zur Erkundigung über die einzuhaltende Form und einer entsprechenden Aufklärung seines Verhandlungspartners verpflichtet. Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Die Vereinbarung der Parteien, auf dem zu übereignenden Grundstück für Rechnung des Erwerbers ein Gebäude zu errichten, stellt sich als Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages dar.

---

46) Ehrenfort, a.a.O., S. 99;

47) siehe oben, S. 14 der Arbeit. Zu Recht konnte der BGH daher im Kaufeigenheimfall (WM 1965, S. 315 ff) die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrages i.S. des § 38 Abs. 2 WohnungsbauG offenlassen;

48) vgl. BGH in WM 1964, S. 679 (681/82);

49) Ehrenfort, a.a.O., S. 3o7.

Durch diese Vereinbarung wird der Erwerber verpflichtet, die für die Errichtung des Gebäudes erforderlichen Kosten vorzuschießen oder dem anderen Teil zu erstatten. Der Verkäufer wird dadurch zur Errichtung des Gebäudes verpflichtet. Da das Gebäude mit seiner Errichtung gem. §§ 93, 94 Abs. 1 BGB in das Eigentum des Grundstückseigentümers fällt, ist diese Vereinbarung nur dann sinnvoll, wenn der Bauherr einen Anspruch auf Übereignung des zu bebauenden Grundstücks hat oder erhält. Es besteht in diesen Fällen somit zu Lasten des Erwerbers das Risiko, daß er zur Vorauszahlung oder Erstattung der Baukosten verpflichtet ist, ohne dafür, wirtschaftlich gesehen, eine Gegenleistung zu erhalten. Daher scheint es mir gerechtfertigt zu sein, den Verkäufer/Ersteller dann, wenn er das Grundstück auf Rechnung des Erwerbers/Bestellers bebauen soll, für verpflichtet zu halten, sich nach den einzuhaltenden Formvorschriften zu erkundigen und den Partner entsprechend aufzuklären[50].

Soll der Verkäufer das zu übereignende Grundstück nach der getroffenen Vereinbarung auf eigene Rechnung bebauen, wie dies bei Trägerkleinsiedlungen[51], Kaufeigenheimen und Kaufeigentumswohnungen der Fall ist, so scheidet die Annahme eines Bauherrn-Betreuer-Vertrages aus[52]. Bauherr und Betreuer fallen hier in einer Person zusammen. Eine Betreuungspflicht hinsichtlich der einzuhaltenden Formvorschriften kann sich hier auch nicht daraus ergeben, daß der Vertrag wegen der Verpflichtung des Verkäufers zur Bebauung des Grundstücks nicht rein kaufrechtlicher Art ist, sondern auch Elemente eines Geschäftsbesorgungsvertrages enthält. Denn für die Erkundigungs- und Aufklärungspflicht hinsichtlich der einzuhal-

---

50) Vgl. dazu, wenn auch im Rahmen des § 242 BGB, die Entscheidung BGHZ 16/334 (337) = WM 1955, S. 1172 (1173), in der ebenfalls eine derartige Betreuungspflicht aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag hergeleitet wurde;

51) vgl. Werner Stoll, Die Rechtsbeziehungen, S. 9 zu A;

52) Ehrenfort, a.a.O., S. 311 sub d.

tenden Formvorschriften kann es keinen Unterschied machen, ob das zu veräußernde Grundstück bereits bei Abschluß des Kaufvertrages bebaut ist oder erst noch vor der Übereignung auf Rechnung des Verkäufers bebaut werden soll. Etwas anderes kann sich allerdings in bestimmten Fällen aus dem folgenden Gesichtspunkt ergeben.

Ein weiteres Kriterium für die Anerkennung einer auf die einzuhaltenden Formvorschriften bezogenen Erkundigungs- und Aufklärungspflicht scheint mir darin zu liegen, ob der Erwerber die Finanzierung des Grundstückserwerbs und Bauvorhabens selbst in die Hand genommen hat, oder ob nach der getroffenen Vereinbarung der Veräußerer diesen Teil des Geschäfts mit übernommen hat. Im letzteren Fall, der in der Praxis heute von erheblicher Bedeutung ist, folgt aus dieser geschäftsbesorgungsvertraglichen Komponente in erster Linie die Pflicht des Veräußerers, den Käufer in Fragen der Finanzierung zu beraten. Es scheint mir aber aus mehreren Gründen gerechtfertigt zu sein, dem Verkäufer eine Betreuungspflicht auch in rechtlicher Hinsicht - jedenfalls soweit Probleme der Formeinhaltung in Frage stehen - aufzuerlegen.

Zunächst ist zu berücksichtigen, daß die Finanzierung zwecklos ist, wenn der Käufer keinen Anspruch auf das finanzierte Objekt erhält. Eine zweckgerichtete Finanzierungsberatung durch den Verkäufer setzt daher eine Erkundigung und Aufklärung hinsichtlich der einzuhaltenden Rechtsvorschriften voraus. Zum anderen zeigt die Inanspruchnahme der Finanzierungsberatung, daß der Käufer in hohem Maße nicht nur auf die Sachkunde des Verkäufers in Finanzierungsfragen, sondern auch auf dessen allgemeine Sachkunde vertraut. Dazu kommt, daß gerade die vom Verkäufer veranlaßte Aufnahme meist langfristiger und umfangreicher Kredite in außerordentlich einschneidender Weise in die Finanzlage der Käufer eingreift. Dieser Gesichtspunkt gewinnt umso größere Bedeutung, je höher die Verschuldung des Käufers und je größer die Zahl der durch den formungültigen Abschluß gefährdeten Käufer ist.

Schließlich ist zu bedenken, daß gerade die Finanzierung den Interessen des Verkäufers dient, der dadurch seine Objekte besser an den Mann bringen kann. Aus diesen Gründen ist es m.E. gerechtfertigt, die kommerziellen Wohnungsbauunternehmen, die neben der Bauausführung auch die Finanzierung oder die Finanzierungsberatung übernehmen, mit der Pflicht zu belasten, sich vor Abschluß derartiger Verträge auch im Interesse der Vertragspartner nach den rechtlichen Erfordernissen des Vertrages und damit auch nach der einzuhaltenden Form zu erkundigen[53].

Diese aus dem geschäftsbesorgungsvertraglichen Element des Vertrages fließende Erkundigungs- und Aufklärungspflicht entfällt auch nicht mit Rücksicht auf § 139 BGB[54] deswegen, weil der Kaufvertrag der gesetzlichen Form ermangelt und deshalb nichtig ist. Denn vorausgesetzt, daß § 139 BGB überhaupt anwendbar ist[55], so würde seine Anwendung jedenfalls hier zu einem unzulässigen Zirkelschluß führen: Sieht man zunächst von § 139 BGB ab, so ist der Verkäufer aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag u.a. dazu verpflichtet, den Partner auf die Formbedürftigkeit des Kaufvertrages hinzuweisen. Hat er diese Pflicht nicht erfüllt, so ist infolgedessen der Kaufvertrag nichtig. Würde man nun die Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 139 BGB auf den Geschäftsbesorgungsvertrag erstrecken, so würde die Verpflichtung des Verkäufers zur Erkundigung und Aufklärung letztlich deswegen fortfallen, weil der Verkäufer seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist. § 139 BGB

---

53) Vgl. auch BGHZ 16/334 (337) = WM 1955, S. 1172 (1173);

54) für den BGH stellt sich das Problem des § 139 BGB hier deshalb nicht, weil er die Frage der Betreuungspflicht nur im Rahmen der § 242 BGB-Prüfung untersucht. Vgl. BGHZ 16/334 (338) = WM 1955, S. 1172 (1173); BGH in WM 1964, S. 674 (675); WM 1965, S. 315 (316);

55) § 139 BGB gilt nicht, wenn beide die Formbedürftigkeit kennen (BGH in NJW 1966, S. 1747) oder wenn die Geltung des § 139 BGB vertragsmäßig ausgeschlossen worden ist (OLG Saarbrücken, NJW 1969, S. 662 (663)).

kann daher hier nicht angewandt werden[56]. § 139 BGB steht somit der Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages und einer daraus fließenden Betreuungs- und Aufklärungspflicht in den hier interessierenden Fällen nicht entgegen.

Im sozialen Wohnungsbaufall[57] hat der Bundesgerichtshof u.a. dem Umstand Bedeutung zugemessen, daß es sich bei dem Kaufbewerber um eine rechtsunkundige Person handelte[58]. M.E. ist die Ungewandtheit des Käufers in allgemein wirtschaftlichen oder doch in rechtlichen Angelegenheiten in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Einmal ist sie bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, wenn streitig ist, ob der Geschädigte selbst Kenntnis von der Formbedürftigkeit hatte[59]. In materieller Hinsicht ist sie ein zusätzliches Kriterium für die Entscheidung der Frage, ob der Verkäufer zur Erkundigung und Aufklärung bezüglich der Formerfordernisse verpflichtet ist; denn von einem in wirtschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten bewanderten Verhandlungspartner kann der Verkäufer die Kenntnis der Formbedürftigkeit generell eher erwarten als von einem in derartigen Fragen unerfahrenen. Daraus kann nun aber keineswegs der Schluß gezogen werden, daß derartige Erkundigungs- und Aufklärungspflichten nur gegenüber Rechtsunkundigen bestehen. Es wurde bereits oben[6o] festgestellt, daß den Verkäufer selbst bei eigener Kenntnis der Formbedürftigkeit

---

56) Auch in anderen Fällen kann die Berufung auf § 139 BGB wegen § 242 BGB unzulässig sein. Vgl. BGH in NJW 1967, S. 245 f;

57) BGH in WM 1965, S. 674 ff;

58) diesem Umstand hat der BGHZ 16/334 (338) = WM 1955, S. 1172 (1173), auch im Rahmen des § 242 BGB Bedeutung beigelegt;

59) siehe dazu § 11 dieser Arbeit;

6o) siehe oben S. 1o f der Arbeit.

eine Aufklärungspflicht dann nicht trifft, wenn er davon ausging und nach den ihm erkennbaren Umständen davon ausgehen durfte, auch dem anderen Teil sei die Formbedürftigkeit bekannt. Dementsprechend ist hier bei eigener Unkenntnis des Verkäufers eine Aufklärungspflicht nicht gegeben, wenn er nach den ihm erkennbaren Umständen davon ausgehen durfte, dem anderen Teil seien die rechtlichen Erfordernisse des Rechtsgeschäfts bekannt. Davon darf er aber nicht schon bei einer bloß allgemeinen Gewandtheit des Käufers in wirtschaftlichen oder rechtlichen Fragen ausgehen. Dazu bedarf es vielmehr einer juristischen Vorbildung, die den Schluß rechtfertigt, der Käufer habe gerade hinsichtlich der betreffenden Rechtsfrage besondere Kenntnisse. Dieser Schluß rechtfertigt sich aber nur bei einer umfassenden oder doch zumindest einschlägigen juristischen Bildung, wobei im Einzelfall die Schwierigkeit der Rechtsfrage und die besondere Vorbildung der Partei in Beziehung zu setzen sind. Oder es muß ein Verhalten des Käufers vorliegen, das den Schluß nahelegt, er habe sich bereits hinreichend informiert.

Diesem Grundsatz entspricht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hat die Aufklärungspflicht einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegenüber einem Verhandlungspartner abgelehnt, der selbst Rechtsanwalt war und zusätzlich noch von einem anderen Rechtsanwalt vertreten wurde[61]. Andererseits hat er im Kaufeigenheimfall[62] die Frage der Rechtsunkundigkeit des Bewerbers offengelassen und gleichwohl eine Aufklärungspflicht des Wohnungsbauunternehmens bejaht. Der Frage der Rechtskundigkeit des Käufers hat er dabei eine Bedeutung lediglich im Rahmen des § 254 BGB zugebilligt[63].

---

61) BGH in WM 1966, S. 621 (623); zustimmend Reinicke, Rechtsfolgen, S. 147 i.V. mit S. 135;

62) BGH in WM 1965, S. 315 f;

63) BGH in WM 1965, S. 315 (316); so auch BGH in WM 1966, 89 (91); vgl. ferner BGH in NJW 196o, S. 1244 (1245).

Es ist daher festzuhalten, daß die Rechtskundigkeit des Geschädigten eine Aufklärungspflicht nur ausschließt, wenn sie, gemessen an der Schwierigkeit der Rechtsfrage, von solcher Art ist, daß sie den Schluß rechtfertigt, der Geschädigte habe gerade auf dem betreffenden Rechtsgebiet ausreichende Kenntnisse. Im übrigen ist die allgemeine Gewandtheit des Käufers in wirtschaftlichen oder auch Rechtsfragen im Rahmen der Prüfung des Mitverschuldens (§ 254 BGB) zu berücksichtigen.

Ein weiteres Kriterium für die Anerkennung besonderer Erkundigungs- und Aufklärungspflichten könnten die besonderen Rechtskenntnisse des inanspruchgenommenen Verhandlungspartners sein. Dabei ist insbesondere an die Volljuristen zu denken, die auf Grund ihrer Ausbildung und Tätigkeit als Richter, Rechtsanwalt, Notar, Verwaltungs- oder Wirtschaftsjurist besondere Rechtskenntnisse erworben haben.

Keiner Erörterung bedarf hier allerdings die Frage, inwieweit z.B. einen Notar oder Rechtsanwalt besondere Erkundigungs- und Aufklärungspflichten treffen, wenn er - zumindest auch - in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege von den vertragsschließenden Parteien in Anspruch genommen wird[64], da in diesen Fällen nicht vorvertragliche Pflichten in Rede stehen.

Problematisch ist jedoch, ob besondere Erkundigungs- und Aufklärungspflichten dort bestehen, wo die Rechtsanwälte bzw. Notare unabhängig von ihrer Funktion, d.h. wie jeder andere Privatmann, Verträge abschließen. Soll etwa ein Rechtsanwalt, der nicht einem Mandanten, sondern einem Dritten ein Grund-

---

64) Zu den Belehrungspflichten des Notars vgl. §§ 17 ff des Beurkundungsgesetzes vom 28.8.1969, BGBl. I, S. 1513 ff; BGH in VersR 1968, S. 1189; BGH in VersR 1969, S. 422; Reithmann, DNotZ 1969, S. 7o ff, S. 81 ff;

zu den Belehrungspflichten des Rechtsanwalts vgl. BGH in VersR 1968, S. 1o42 (1o43) und BGHZ 35/272 (277) - GmbH-Fall -.

stück verkauft, diesem gegenüber allein wegen seiner umfassenderen Rechtskenntnisse zur Erkundigung darüber verpflichtet sein, ob bestimmte Nebenabreden mitbeurkundet werden müssen? M.E. ginge die Auferlegung einer derartigen Pflicht zu weit. Die besondere rechtswissenschaftliche Ausbildung und juristische Tätigkeit ist zwar insoweit zu berücksichtigen, als sie den Nachweis der Kenntnis der Formbedürftigkeit auf seiten des Verkäufers erleichtert[65]. Ihre Bedeutung erschöpft sich aber in dieser beweisrechtlichen Funktion. Läßt sich der Nachweis der Kenntnis nicht erbringen, wie es z.B. dort naheliegt, wo sich der Jurist später auf völlig andere Rechtsgebiete spezialisiert hat[66], so kann auch eine Erkundigungspflicht des allgemein Rechtskundigen gegenüber dem weniger Rechtskundigen nicht anerkannt werden. Zwar mag der Partner darauf vertrauen, daß der andere Teil als Rechtsanwalt wohl wisse, wie derartige Geschäfte abzuschließen sind. Er ist in diesem Vertrauen aber nicht schutzwürdig. Denn der Vertrag ist grundsätzlich ein Mittel zur Regelung von Interessengegensätzen. Dem entspricht es, daß jeder Teil gehalten ist, beim Vertragsschluß seine Interessen selbst zu wahren. Wollte man auch in diesen Fällen einem Teil die Wahrung auch der Interessen des anderen zur Rechtspflicht machen, so würde der natürliche Interessengegensatz und der darauf beruhende Grundsatz, daß sich jeder selbst nach den für das Rechtsgeschäft erforderlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erkundigen hat, in weitem Umfang außer Kraft gesetzt und damit praktisch aufgehoben. Es wäre eine Überspannung der vorvertraglichen Sorgfaltspflicht, wollte man den Rechtskundigen allein seiner Rechtskenntnisse im allgemeinen wegen mit der Rechtspflicht belasten, sich stets auch im Interesse des Kontrahenten nach ihm selbst unbekannten Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erkundigen.

---

65) Siehe dazu oben, S. 8 ff der Arbeit;

66) z.B. Strafverteidiger etc.

Schließlich ließe sich die Anerkennung der Erkundigungspflicht eines Teils als Rechtspflicht gegenüber dem Verhandlungspartner in den Fällen erwägen, in denen auf Grund schon bestehender Rechtsbeziehungen ein besonders enges Treueverhältnis zwischen den Verhandlungspartnern besteht. So sind wegen der engen persönlichen Bindung der Beteiligten z.B. im Familienrecht, Gesellschaftsrecht und in gewissem Maß auch bei schuldrechtlichen Dauerrechtsverhältnissen wie dem Arbeits-[67] und Mietverhältnis[68] gesteigerte Treuepflichten gegeben[69]. Man könnte daher z.B. daran denken, den Vater in besonderer Weise zur Erkundigung nach der einzuhaltenden Form für verpflichtet zu halten, wenn er ein Grundstück an den Sohn verkauft.

Des weiteren könnten Erkundigungspflichten dort bestehen, wo das Rechtsgeschäft bei wirksamem Abschluß gesteigerte Sorgfaltspflichten zur Folge gehabt hätte; denn die Parteien, die auf ein Rechtsgeschäft mit gesteigerten vertraglichen Sorgfaltspflichten hin verhandeln, sind auch schon während der Verhandlung gesteigerten vorvertraglichen Sorgfaltspflichten unterworfen[70]. Das folgt daraus, daß sich der Verschuldensmaßstab für die Haftung wegen c.i.c. nach dem des in Aussicht genommenen Vertrages bestimmt[71]. Was aber für den Verschuldensmaßstab gilt, muß wegen der Verquickung von haftungsbegründendem Tatbestand und Fahrlässigkeitsbegriff bei der c.i.c.[72] auch für die vorvertraglichen Pflichten gelten.

---

67) Zu den arbeitsrechtlichen Formvorschriften siehe Schoner, BB 1969, S. 182 FN 1 und S. 184 zu FN 22;

68) vgl. dazu LG Mannheim in NJW 1965, S. 2203 mit Anm. Korff, NJW 1966, S. 505 f;

69) Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 67 f;

70) vgl. in diesem Sinne BGH in Der Betrieb 1954, S. 368;

71) Staudinger-Kaduk, § 307, Rdnr. 9 m.w.N.; Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 b; Enneccerus-Lehmann, § 43 III, S. 192; Nirk, in Festschrift für Möhring, S. 385 ff (396/397); Brox, Allg. Schuldrecht, S. 36 Rdnr. 57; a.A. noch Motive, I, S. 195 f;

72) vgl. dazu oben, S. 10 f, 14 der Arbeit.

Gleichwohl meine ich, daß diese gesteigerten vorvertraglichen Sorgfaltspflichten nicht die Annahme rechtfertigen können, ein Teil sei hier dem anderen gegenüber verpflichtet, sich nach ihm selbst unbekannten Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erkundigen. Denn die Steigerung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten gilt für beide Teile gleichermaßen. Der Erhöhung der Anforderungen an die Sorgfalt des einen Teils steht eine entsprechende Erhöhung der Anforderungen an die Sorgfalt des anderen Teils gegenüber. Da aber grundsätzlich jede Partei selbst verpflichtet ist, sich nach den Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erkundigen, so wird insoweit die Steigerung der Pflichten auf der einen Seite durch eine entsprechende Steigerung auf der anderen Seite kompensiert. Für die Anerkennung einer Erkundigungspflicht einer Partei ist jedoch erforderlich, daß sich gerade ihr Pflichtenkreis zugunsten des Vertragspartners erweitert, mithin eine Verschiebung der Pflichten stattfindet.

III. Zusammenfassung

Schon vor Abschluß eines Vertrages bestehen zwischen den Verhandlungspartnern vorvertragliche Sorgfaltspflichten. Die Parteien trifft die Schutzpflicht, nicht durch positive falsche Erklärungen in dem anderen Teil den Irrtum zu erregen oder zu verstärken, das Rechtsgeschäft bedürfe keiner (derartigen) Form. Diese Pflicht ist durch jede objektiv falsche Erklärung zur Formbedürftigkeit verletzt, sofern die Erklärung objektiv geeignet ist, in dem anderen Teil das Vertrauen auf ihre Richtigkeit zu rechtfertigen. Maßgeblich hierfür ist die Bestimmtheit der Erklärung sowie die Persönlichkeit des Erklärenden.
Zu den vorvertraglichen Pflichten gehört auch die Aufklärungspflicht. Zur Aufklärung seines Partners über die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts ist verpflichtet, wer die Formbedürftigkeit kennt und von deren Unkenntnis auf seiten des anderen Teils ausgeht oder den Umständen nach ausgehen mußte. Im übrigen besteht grundsätzlich für keinen der

Beteiligten die Pflicht gegenüber dem anderen Teil, sich nach ihm selbst unbekannten Wirksamkeitsvoraussetzungen wie der Formbedürftigkeit zu erkundigen, da die Kenntnisnahme der Formvorschriften grundsätzlich gleichermaßen in die Sphäre des einen wie des anderen Teils fällt.

Eine Erkundigungspflicht auch im Interesse des anderen Teils und damit eine Erweiterung der Sphäre eines Teils zugunsten des Verhandlungspartners besteht jedoch in den Fällen, in denen der Inanspruchgenommene einen gemeinnützigen Status hat, die Formnichtigkeit durch Vorlage selbstentworfener Formulare veranlaßt, neben der Pflicht zur Übereignung des Grundstücks auch die Pflicht zu dessen Bebauung auf Rechnung des Käufers übernommen oder die Finanzierung des von ihm zu erstellenden Gebäudes in die Hand genommen hat. Diese Fälle können sich überschneiden. Sie sind im übrigen nicht abschließend; es ist denkbar, daß von der Rechtsprechung oder Wissenschaft noch weitere Kriterien herausgearbeitet werden, die die Anerkennung von Erkundigungs- und Aufklärungspflichten rechtfertigen.

Die vom Verkäufer kumulativ übernommene Verpflichtung zur Bebauung des zu übereignenden Grundstücks auf eigene Rechnung hat keine Auswirkung auf die Erkundigungs- und Aufklärungspflicht. Die eventuell ebenfalls vom Verkäufer übernommene Pflicht, das zu übereignende Grundstück zuvor aus dritter Hand zu erwerben, ist für diese Pflichten nur dann von Bedeutung, wenn die Beschaffung des Grundstücks auf Rechnung des Käufers erfolgen sollte. Auch in diesem Fall beschränkt sich aber die Bedeutung der Beschaffungspflicht insoweit darin, daß die Erkundigungs- und Aufklärungspflicht dann keine Rolle mehr spielt, da in diesen Fällen ein Anspruch des Käufers auf Übereignung des Grundstücks kraft Gesetzes besteht (§§ 675, 667 BGB). Nicht ausreichend für die Annahme einer vorvertraglichen Erkundigungs- und Aufklärungspflicht sind die allgemeinen Rechtskenntnisse eines Verhandlungspartners sowie das Vorliegen eines gesteigerten Treueverhältnisses

zwischen den Beteiligten, das für beide Teile gleichermaßen erhöhte Sorgfaltspflichten begründet.
Die Rechtskundigkeit des Geschädigten schließt eine Aufklärungspflicht des anderen Teils nur aus, wenn sie den Schluß rechtfertigt, der Geschädigte habe selbst Kenntnis von den rechtlichen Voraussetzungen des abzuschließenden Vertrages. Im übrigen ist die allgemeine Rechtskundigkeit des Geschädigten im Rahmen der Prüfung des Mitverschuldens (§ 254 BGB) zu berücksichtigen.

§ 2 Die Arten des Verschuldens

Verschuldensmaßstab für die Haftung wegen c.i.c. ist, sofern nicht der in Aussicht genommene Vertrag eine weniger strenge Haftung vorsieht[1], die Regelung des § 276 BGB. Es wird somit für vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten gehaftet. Einen Unterfall des vorsätzlichen Verhaltens bildet der Fall der Arglist. Dieser soll wegen seiner eigenen Problematik im Hinblick auf § 242 BGB gesondert erörtert werden.

1. Arglist

Arglistig handelt ein Teil dann, wenn er die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Rechtsgeschäfts kennt oder für möglich hält, wenn er weiß oder in Rechnung stellt, daß der andere Teil von der Formbedürftigkeit keine Kenntnis hat und wenn er ferner im Zeitpunkt seiner Pflichtverletzung nicht oder nicht unbedingt erfüllungsbereit war. In diesem Fall tritt neben[2] die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß eine Haftung auf Grund deliktischer Anspruchsgrundlagen (§ 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB). Hier stellt sich jedoch weiter die an anderer Stelle[3] zu behandelnde Frage, wieweit mit Rücksicht auf die Möglichkeiten, einen formnichtigen Vertrag gemäß § 242 BGB als gültig zu behandeln, mangels eines Schadens ein Ersatzanspruch überhaupt ausscheidet.

---

[1] Nach zutreffender h.M. gilt dann auch für die Haftung aus c.i.c. der für die vertragliche Haftung geltende Maßstab. Siehe dazu oben, S. 28 FN 71 der Arbeit;

[2] insoweit besteht Anspruchskonkurrenz: Staudinger-Weber, § 242, A 788 m.w.N.;

[3] S. 63 ff der Arbeit.

2. Vorsatz

Vorsätzliches[4] Verhalten ist gegeben, wenn ein Teil die Formbedürftigkeit kennt oder für möglich hält, wenn er weiß oder in Rechnung stellt, daß der andere Teil davon keine Kenntnis hat und wenn er, im Gegensatz zum arglistigen Verhalten, zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung uneingeschränkt erfüllungsbereit ist. Es sei schon hier darauf hingewiesen, daß sich bei dieser Sachlage die Frage, ob der Vertrag mit Rücksicht auf § 242 BGB als gültig zu behandeln ist, u.a. wegen der vorhandenen Erfüllungsbereitschaft anders stellt als bei arglistigem Verhalten[5].

3. Fahrlässigkeit

Ein fahrlässiges Verhalten setzt einmal voraus, daß der objektiv pflichtwidrig Handelnde die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages zwar nicht kannte, wohl aber hätte kennen müssen[6]. Diese Feststellung wird durch die Feststellung der objektiven Pflichtverletzung indiziert[7]. Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen fahrlässigen Verhaltens ist jedoch, daß sich der objektiv pflichtwidrig Handelnde nach den gesamten, ihm bekannten Umständen hätte sagen müssen, daß sein Partner die Formbedürftigkeit möglicherweise nicht kennt und (bei positivem Tun) auf die Richtigkeit seiner Erklärung bzw. (bei Unterlassen) auf seine Kenntnis der einzuhaltenden Formvorschriften vertraut.

---

4) In der Literatur wird "Vorsatz" häufig i.S. von Arglist gebraucht, bzw. nur zwischen Arglist und Fahrlässigkeit differenziert. Vgl. Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff (166, 176 f); Flume, Rechtsgeschäft, S. 281, S. 283; Larenz I, § 7 III, S. 83;

5) vgl. näher, unten S. 66 ff der Arbeit;

6) zur Frage, wann ein entsprechender Irrtum entschuldbar ist, RG in JW 1936, S. 1826; Matthießen in DGWR 1938, S. 213 (218); vgl. allgemein BGH in MDR 1969, S. 47o f;

7) der BGH und Reinicke prüfen die Frage, ob sich ein Teil nach den einzuhaltenden Formvorschriften hätte erkundigen müssen, n u r im Rahmen des Verschuldens. M.E. ist das bereits ein Problem des haftungsbegründenden Tatbestandes, siehe oben, S. 1o f, 14 der Arbeit.

Bei einer Pflichtverletzung durch positives Tun muß daher zusätzlich zu dem Erfordernis, daß die Erklärung objektiv geeignet war, das Vertrauen auf ihre Richtigkeit zu wecken[8], für das Merkmal der Fahrlässigkeit festgestellt werden, daß der Erklärende sich sagte oder doch hätte sich sagen müssen, sein Partner werde möglicherweise auf die Richtigkeit seiner Erklärung vertrauen. Denn nur dann, wenn der Partner auf die Richtigkeit der Erklärung vertraut hat, ist ein eventuell entstandener Schaden kausal durch die Pflichtverletzung hervorgerufen worden. Da sich das Verschulden aber auch auf die haftungsbegründende Kausalität erstrecken muß, liegt ein fahrlässiges Verhalten nur dann vor, wenn sich der Erklärende hätte sagen müssen, sein Partner werde auf diese Erklärung vertrauen und dadurch möglicherweise Schaden erleiden. In der gleichen Weise ist bei einer Pflichtverletzung durch Unterlassen für die Annahme fahrlässigen Verhaltens zusätzlich zu den oben[9] behandelten Kriterien erforderlich, daß sich der pflichtwidrig Unterlassende hätte sagen müssen, der Partner werde möglicherweise auf seine Kenntnis der einzuhaltenden Vorschriften vertrauen. Diese weiteren Voraussetzungen werden zwar im Regelfalle gegeben sein, fehlen sie jedoch ausnahmsweise, so liegt ein fahrlässiges Verhalten nicht vor.

Eine fahrlässige Pflichtverletzung liegt weiter auch dann vor, wenn der Betreffende die Formbedürftigkeit kannte, aber davon ausging, diese sei auch dem anderen Teil bekannt, ohne daß für eine solche Annahme hinreichende Anhaltspunkte gegeben waren. Die Kenntnis der Formbedürftigkeit allein reicht für die Feststellung vorsätzlichen Verhaltens nicht aus, wenn bezüglich des zweiten Kriteriums nur Fahrlässigkeit gegeben ist[10]. Im Hinblick auf § 242 BGB bleibt festzustellen, daß

---

8) Siehe oben, S. 6/7 der Arbeit;

9) siehe oben, S. 7 ff, 12 ff der Arbeit;

10) vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 5o.

eine Aufrechterhaltung eines formnichtigen Rechtsgeschäfts allein wegen des fahrlässigen Verhaltens eines Teils bezüglich der Formbedürftigkeit nach heute überwiegender und m.E. zutreffender Ansicht[11] nicht in Betracht kommt. Das fahrlässige Verhalten allein ist in der Tat nicht gewichtig genug, die vom Gesetzgeber getroffene Nichtigkeitsanordnung beiseite zu schieben.

4. Schuldloses Verhalten

Bei schuldlosem Verhalten scheidet eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß aus. Diese setzt stets ein Verschulden gem. § 276 BGB voraus. Ein Schadensersatzanspruch könnte sich in diesen Fällen jedoch aus einer analogen Anwendung von § 122 Abs. 1 BGB herleiten lassen. Es ist zwar sicher zu weitgehend, in allen Fällen einer nichtigen Willenserklärung dem dadurch geschädigten Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Interesse einzuräumen, wie es Kuhlenbeck[12] vorschlug. Denkbar wäre jedoch, denjenigen zum Ersatz des negativen Interesses für verpflichtet zu halten, der die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn auch schuldlos, veranlaßt hat. Denn auch § 122 Abs. 1 BGB beruht auf dem Veranlassungsprinzip und setzt ein schuldhaftes Verhalten nicht voraus[13].

---

11) BGH in WM 1965, S. 315 (316), bestätigt in WM 1965, S. 674 ff. BGH in WM 1966, S. 89 (91); in WM 1966, S. 1086 (1088); Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 109 ff; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 24; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 342 f; Flume, a.a.O., § 15 III 4 c dd, S. 283; Larenz, Schuldrecht I, § 10 III, S. 121; a.A. Marschall v. Bieberstein, NJW 1965, S. 1014 ff;

12) DJZ 1905, S. 1142 ff; dagegen Klein in DJZ 1906, S. 596; Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, S. 95 m.w.N. in FN 374;

13) Staudinger-Coing, § 122, Rdnr. 1; Staudinger-Werner, Vorbem. 99 vor § 275, FN; Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, S. 40.

Wenn auch die grundsätzliche Analogiefähigkeit dieser Vorschrift nicht bestritten werden soll[14], so ist doch die bloße Veranlassung der Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts als Grundlage einer Schadensersatzpflicht nicht anzuerkennen; denn die Interessenlage rechtfertigt keine Gleichbehandlung. Die Schadensersatzpflicht des Anfechtenden stellt, wie es Lange[15] ausgedrückt hat, eine Abgeltung für die einseitige Lösungsmöglichkeit dar. Der Erklärende soll an seiner fehlerhaften, aber wirksamen Erklärung nicht gegen seinen Willen festgehalten werden können. Er soll aber, da ausschließlich er die Fehlerhaftigkeit verursacht hat, von seiner Verpflichtung nur um den Preis freigestellt werden, daß er seinem Vertragspartner den Vertrauensschaden ersetzt. Der Formmangel bewirkt dagegen automatisch die Nichtigkeit. Diese stellt, anders als das Anfechtungsrecht, kein Recht e i n e s Teils dar, das dieser nur um den Preis der Schadloshaltung des anderen Teils ausüben dürfte. Bei der Formnichtigkeit hat es daher bei dem Grundsatz zu bleiben, daß Schadensersatzansprüche ein schuldhaftes Verhalten voraussetzen. Das ergibt sich auch aus § 3o7 BGB, der ebenfalls einen Fall der Nichtigkeit behandelt und für die Schadensersatzpflicht ein Verschulden fordert. Der Gesetzgeber hat hier bewußt eine Haftung ohne Verschulden abgelehnt[16]. Bei schuldlosem Verhalten bezüglich der Formbedürftigkeit scheidet ein Schadensersatzanspruch somit stets aus[17].

Dieses Ergebnis ist Anlaß zur Kritik an der schadensersatzrechtlichen Lösung der Formprobleme überhaupt gewesen.

---

[14] Dafür Larenz, a.a.O., S. 41; Erman-Westermann, § 122, Anm. 1;

[15] Lange in JheringsJ Bd. 89, S. 277 (341);

[16] Protokolle I, S. 453; Motive II, S. 179;

[17] im Ergebnis ebenso, ohne allerdings auf § 122 BGB einzugehen, BGHZ 23/249 (254); Staudinger-Weber, § 242, D 444; Gernhuber, a.a.O., S. 165; Lorenz, JuS 1966, S. 429, 435.

Lorenz[18] führt aus, auch bei schuldloser Veranlassung der Formnichtigkeit könne es wegen der tatsächlichen Abwicklung des Rechtsgeschäfts und der im Vertrauen auf seine Gültigkeit getroffenen Dispositionen ein unabweisbares Gebot der Gerechtigkeit sein, das formnichtige Rechtsgeschäft nach § 242 BGB als gültig zu behandeln. Daß die schadensersatzrechtliche Lösung hier zu keinerlei Ansprüchen führt, zeige ihre allgemeine Unbrauchbarkeit zur Lösung der Formprobleme.

Richtig an dieser Auffassung ist der Ausgangspunkt. Unter bestimmten Voraussetzungen können schon objektive Gesichtspunkte, wie etwa die weitgehende tatsächliche Abwicklung des Rechtsgeschäfts und die Unmöglichkeit der Rückabwicklung für sich allein zur Aufrechterhaltung des formnichtigen Rechtsgeschäfts führen[19]. Das rechtfertigt aber nicht den Schluß, daß neben der Lösung über § 242 BGB einer schadensersatzrechtlichen Lösung keine Bedeutung mehr zukommt. Denn der Anwendungsbereich beider Institute deckt sich auch bei schuldhaftem Verhalten nicht. So ist heute anerkannt, daß fahrlässiges Verhalten bei Vertragsschluß für sich allein die Aufrechterhaltung des formnichtigen Rechtsgeschäfts über § 242 BGB nicht rechtfertigt[20]. Vor allem ist aber die schadensersatzrechtliche Lösung mit ihrer differenzierten Rechtsfolge schon vom Prinzip her der Regelung des § 242 BGB vorzuziehen, die einerseits nur die besonders krassen Fälle der Formnichtigkeit erfaßt, andererseits aber als Alternative zur Formnichtigkeit nur den Erfüllungsanspruch zu gewähren

---

18) Lorenz, a.a.O.; ders., ACP Bd. 156, S. 381 (404); ebenso bereits Linnemann, Diss., S. 88 f;

19) so auch die heute weitaus h.M.: BGHZ 26/142 (151); vgl. BGH in NJW 1957, S. 1275 f; RG in JW 1938, S. 1023; in ZAkDR 1938, S. 853 f mit zustimmender Anm. von Schlempp, S. 854; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 54-66; Staudinger-Weber, § 242, D 435; Erman-Sirp, § 242 III, 3 e bb S. 398; Gernhuber, a.a.O., S. 165 f; Lorenz, JuS a.a.O.; ACP Bd. 156, 401, 404;

20) vgl. oben, S. 35 FN 11 der Arbeit.

vermag. Neben diesem Ausdruck des starren Alles- oder Nichts-Prinzips hat die schadensersatzrechtliche Lösung daher durchaus ihre Berechtigung.

Lorenz ist dagegen der Ansicht, es sei schematisch, bereits bei nur leichter Fahrlässigkeit einen Erfüllungsanspruch aus c.i.c. zu geben, wenn der Vertrag sonst formgültig zustandegekommen wäre, jedoch beim Fehlen eines Verschuldens einen Anspruch völlig auszuschließen[21]. M.E. ist eine derartige Differenzierung durchaus berechtigt. Sie entspricht der überragenden Bedeutung des im BGB herrschenden Verschuldensgrundsatzes. Auch bei einer unerlaubten Handlung gem. § 823 BGB scheidet ein Schadensersatzanspruch beim Fehlen eines Verschuldens aus, während er bei leichter Fahrlässigkeit in voller Höhe zu gewähren ist. Dem entspricht es auch, daß das BGB eine Differenzierung nach Verschuldensgraden nur in Ausnahmefällen vorgenommen hat, grundsätzlich jedoch Schadensersatzansprüche unabhängig vom Maß des Verschuldens gewährt[22]. Aus der Nichtanerkennung von Schadensersatzansprüchen bei schuldloser Veranlassung der Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist daher nichts gegen die prinzipielle Berechtigung der schadensersatzrechtlichen Lösung, insbesondere der Lösung der Formprobleme über das Institut der c.i.c. herzuleiten.

---

[21] JuS 1966, S. 429 (435);

[22] Staudinger-Werner, Vorbem. 87 vor §§ 249-255 BGB m.w.N.

§ 3 Art und Umfang der Haftung, wenn ohne das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten ein formgültiger Vertrag nicht zustandegekommen wäre

I. Das negative Interesse ist rechnerisch geringer als das positive Interesse oder gleich groß

Hinsichtlich der Art der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ist grundsätzlich anerkannt, daß dem Geschädigten ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses (= negativen Vertrauensinteresses, negativen Vertragsinteresses) zusteht, wenn der Vertrag auch ohne das schädigende Ereignis nicht (wirksam) abgeschlossen worden wäre[1]. Der Geschädigte hat einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er mit der Gültigkeit des Vertrages nicht gerechnet hätte. Diesen Anspruch auf das negative Interesse gewährt die h.M.[2] auch dann, wenn sich das schuldhafte Verhalten auf die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages bezieht. Die früher zum Teil vertretene Auffassung[3], nach der bei einem schuldhaften Verhalten bezüglich der Formbedürftigkeit stets ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des positiven Interesses (Erfüllungsinteresses), d.h. des Interesses bestehe, das der Geschädigte an der Formgültigkeit des Vertrages hat[4], ist überholt. Sie beruht auf der in dieser

---

1) Enneccerus-Lehmann, § 43 III, S. 192;

2) BGH in WM 1965, S. 315 ff; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 33 III 2 a, S. 197; Coing, Dt. Notartag 1965, S. 29 (32); Enneccerus-Nipperdey, § 154 FN 18, S. 958; Flume, a.a.O., § 15 III 4 c dd, S. 282 ff, und III 4 d, S. 289; Gernhuber, a.a.O., S. 166; Henrich in ACP Bd. 162, S. 88 ff (99); Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o); Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 357; Staudinger-Weber, § 242, A 418 und D 444; vgl. ferner unten S. 88 FN 4 der Arbeit. Vgl. auch BGH in WM 1955, S. 728 (729); in NJW 1967, S. 2199 zu dem ähnlichen Fall, daß das Vertrauen auf ein baldiges Zustandekommen eines Kaufvertrages geweckt wurde;

3) so insbesondere Hoeniger, Dt. Notarverein 19o9, S. 673 (686) zu § 826 BGB; Neukam, Diss., S. 65 f;

4) vgl. dazu Enneccerus-Lehmann, § 14 VI, S. 62.

Allgemeinheit unzutreffenden Behauptung, daß es ohne das schuldhafte Verhalten immer zu einem formgerechten Abschluß gekommen wäre[5].

Vom Umfang des negativen Interesses her ergeben sich im Verhältnis zum Erfüllungsinteresse mehrere Möglichkeiten. Das negative Interesse kann deutlich geringer sein als das Erfüllungsinteresse. Hier ist an den Fall zu denken, daß dem Geschädigten lediglich Reise-, Porto- oder relativ unerhebliche Beurkundungskosten entstanden sind. Das negative Interesse ist jedoch schon dann von erheblichem Gewicht, wenn der Geschädigte im Vertrauen auf die Formgültigkeit des Vertrages sich nun als unnütz erweisende, irreparable Aufwendungen gemacht hat. Man denke etwa daran, daß der Grundstückskäufer schon einen Architekten mit der Bauplanung des auf dem Grundstück zu erstellenden Gebäudes beauftragt hat und dieser Plan nunmehr wertlos wird. Das negative Interesse kann dem Erfüllungsinteresse aber auch rechnerisch gleichkommen. Nehmen wir an, der Käufer K habe wegen des Kaufs eines Grundstücks sowohl mit dem Eigentümer E 1 als auch mit E 2 verhandelt. Beide waren gegen Zahlung von 1oo.ooo DM zum Verkauf ihres jeweiligen Grundstücks bereit. K hat sich schließlich zum Erwerb des Grundstücks des E 1 entschlossen. E 2 veräußert daraufhin an einen Dritten. Als sich die von E 1 verschuldete Formnichtigkeit des Vertrages herausstellt, haben beide Grundstücke einen Wert von 15o.ooo DM. Das negative Interesse des K deckt sich hier rechnerisch mit dem Erfüllungsinteresse in Höhe von 5o.ooo DM, da er, hätte er nicht mit E 1 abschließen können, mit E 2 abgeschlossen hätte. (Das gleiche gilt, wenn der Darlehnsgeber ohne die vermeintlich wirksame Bürgschaft dem Hauptschuldner das Darlehen nicht gewährt hätte.)

---

[5] Staudinger-Weber, § 242, Rdnr. D 427; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o f.

Daß der entgangene Gewinn aus einem sonst zustandegekommenen Drittgeschäft zum negativen Interesse gehört, ist unstreitig[6]. Die Frage ist jedoch, ob das negative Interesse tatsächlich, wie die herrschende Ansicht meint, auch dann zu ersetzen ist, wenn sich das schuldhafte Verhalten auf die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages bezieht.

Aus Gründen, die die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß allgemein betreffen, ergeben sich keine grundsätzlichen Bedenken. Auch die §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2[7] und 3o7 Abs. 1 BGB, aus denen das Institut der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß im Wege der Rechtsanalogie entwickelt worden ist[8], gewähren einen solchen Anspruch. Eine Einschränkung der Haftung ergibt sich lediglich daraus, daß auf Grund eines Verschuldens bei Vertragsschluß nur der sogenannte Vertrauensschaden zu ersetzen ist. Hat daher der Geschädigte die Formbedürftigkeit positiv gekannt oder sie trotz der positiven Erklärung seines Verhandlungspartners, eine besondere Form sei nicht erforderlich, weiterhin für möglich gehalten, und hat er für den Fall der Formbedürftigkeit auf die Erfüllungsbereitschaft seines Partners vertraut, so liegt jedenfalls kein Vertrauensschaden vor, der kausal auf

---

6) Staudinger-Coing, § 122, Rdnr. 9; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o; Enneccerus-Lehmann, § 14 VI, S. 62; terminologisch verwirrend jedoch z.B. Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 243 zu FN 5 f, und Fuchs, Diss., S. 34 f, die sowohl den entgangenen Gewinn aus einem Drittgeschäft als auch den entgangenen Gewinn aus dem formnichtig abgeschlossenen Rechtsgeschäft zwischen den Parteien als negatives "vertragsgleiches", bzw. "erfüllungsinteressegleiches" Interesse bezeichnen;

7) nach heutiger, zutreffender Ansicht stellen die §§ 122 Abs. 1 und 179 Abs. 2 BGB allerdings keinen Fall der Haftung für c.i.c. dar. Zu § 122 Abs. 1 BGB vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, S. 4o, sowie oben, S. 35 FN 13 der Arbeit; zu § 179 Abs. 2 BGB vgl. Staudinger-Coing, § 179, Rdnr. 18;

8) Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242, A 42o, A 78o; kritisch Larenz I, a.a.O.

den oben erörterten objektiven Pflichtverletzungen beruht[9]. Hat der Geschädigte dagegen auf die Richtigkeit der Erklärung bzw. die Kenntnis seines Partners von den einzuhaltenden Rechtsvorschriften vertraut, so ergeben sich aus dem Wesen der c.i.c. keine Bedenken gegen den Ersatz des negativen Interesses.

1. Kollision der Schadensersatzpflicht mit der Formnichtigkeit, §§ 125 S. 1, 313 S. 1 BGB

Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses könnte der in den §§ 125 S. 1, 313 S. 1 BGB angeordneten Nichtigkeit des formfehlerhaften Vertrages widersprechen; ein solcher Schadensersatzanspruch könnte (bereits, ohne daß es auf die einzelne Formvorschrift ankäme,) mit der in § 125 S. 1 BGB generell angeordneten Nichtigkeit in Widerspruch stehen.

Ein Widerspruch zwischen der Schadensersatzpflicht und der Formnichtigkeit ist allerdings nicht schon dann gegeben, wenn man der Auffassung folgt, wegen § 125 S. 1 BGB sei die formnichtige Erklärung nicht nur in ihrer Funktion als Willenserklärung, sondern in jeder rechtlichen Beziehung ein nullum[10]. Denn die Haftung auf das negative Interesse knüpft, im Gegensatz zur Haftung auf das Erfüllungsinteresse, gerade nicht an die als Willenserklärung abgegebenen Erklärungen und damit an die Bereitschaft der Partner zum (form-) wirksamen Abschluß an. Für die Haftung auf das negative Interesse

---

[9] Zur Frage der Haftung aus c.i.c. bei beiderseitiger Kenntnis der Formbedürftigkeit wegen schuldhaften Verhaltens bezüglich der Erfüllungsbereitschaft s. § 11 der Arbeit;

[10] vgl. Lorenz, JuS 1966, S. 429 (436 FN 45: "... das Erklärte soll nach der Intention des Gesetzes formlos gar nicht gewollt werden können"). Ähnlich Battes, JZ 1969, S. 683 (686); in diesem Sinne ist möglicherweise auch Flume a.a.O., § 15 III 4 c dd, S. 283, zu verstehen. Vgl. dazu auch WarnRG 1909, Nr. 537, S. 525/26; sowie unten, S. 95 f der Arbeit.

kommt es vielmehr ausschließlich auf die falsche Auskunft zur Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages oder auf das pflichtwidrige Unterlassen einer entsprechenden Erkundigung und Aufklärung an. Zudem wird hier gerade davon ausgegangen, daß der Vertrag auch ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten nicht formgerecht abgeschlossen worden wäre.

Der negative Ersatzanspruch stünde aber dann im Widerspruch zur Regelung des § 125 S. 1 BGB, wenn der Begriff der Formnichtigkeit in dem noch weiteren Sinne zu interpretieren wäre, daß nicht nur rechtsgeschäftliche Erfüllungsansprüche sowie alle sonstigen, auf die formfehlerhaften Vertragserklärungen aufbauenden Ansprüche ausgeschlossen sein sollen, sondern darüber hinaus auch alle Ansprüche, die auf den mit dem fehlerhaften Vertragsschluß zusammenhängenden Umständen beruhen. Eine derart weitgehende Auslegung des § 125 S. 1 BGB wird aber weder von seinem Wortlaut[11] noch von seinem Sinn und Zweck gefordert. Die ausnahmslose Anordnung der Nichtigkeit des formfehlerhaften Vertrages bezweckt die Erzwingung der Einhaltung der einzelnen Formvorschriften durch die Parteien[12]. Die Versagung eines Anspruchs auf das negative Interesse wäre aber nicht geeignet, die Einhaltung der Formvorschriften zu fördern. Sie würde im Gegenteil gerade die Partei begünstigen, die die Formbedürftigkeit des Vertrages hätte kennen müssen und von der die Einhaltung der Form daher in erster Linie zu erwarten war.

Gegen eine solche Auslegung des Nichtigkeitsbegriffs spricht weiter die Regelung des § 3o7 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Gesetzgeber hat dort für den Fall der Nichtigkeit wegen ursprünglicher Unmöglichkeit eine Schadensersatzpflicht auf das

---

11) "Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig";

12) Flume, a.a.O., § 15 III 4 c aa, S. 276; Larenz, Schuldrecht I, § 1o III, S. 121; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, S. 317.

negative Interesse bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses angeordnet. Die Nichtigkeit des Vertrages ist daher für den Gesetzgeber kein Grund dafür gewesen, einen Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse auszuschließen. § 3o7 Abs. 1 S. 1 BGB kann auch nicht als abschließende Regelung verstanden werden mit der Folge, daß Schadensersatzansprüche im Falle der F o r m nichtigkeit ausgeschlossen wären. Die Auffassung, § 3o7 Abs. 1 S. 1 BGB stelle eine derartige Regelung dar, verbietet sich schon deshalb, weil das Institut der Haftung für c.i.c. bei Schaffung des BGB noch nicht entwikkelt war. § 3o7 Abs. 1 S. 1 BGB ist im Gegenteil als Analogiebasis für die Fortbildung der c.i.c. von erheblicher Bedeutung gewesen. Aber auch für die Auffassung, § 3o7 Abs. 1 S. 1 BGB stelle zumindest insoweit eine abschließende Regelung der Schadensersatzpflichten dar, als nichtige Verträge in Frage stehen, findet sich weder in § 3o7 Abs. 1 S. 1 BGB noch in § 125 S. 1 BGB eine Stütze. Vielmehr zeigen die Gesetzesmaterialien zu § 125 BGB, daß sich der Gesetzgeber hier lediglich mit der Frage rechtsgeschäftlicher Erfüllungsansprüche sowie der Bereicherungsansprüche befaßt hat. Die Frage, ob und in welchem Umfang daneben Schadensersatzansprüche bestehen können, hat er dagegen nicht behandelt[13]. § 125 BGB steht daher allein einer Gewährung von Schadensersatzansprüchen auf das negative Interesse nicht entgegen.

Der auf Ersatz des negativen Interesses gerichtete Schadensersatzanspruch für Verschulden bei Vertragsschluß könnte - wenn auch nicht gegen § 125 BGB, so doch - gegen die einzelne Formvorschrift, d.h. hier gegen die Vorschrift des § 313 BGB verstoßen. Ein Widerspruch zwischen der Schadensersatzpflicht aus c.i.c. und der Formvorschrift ist allerdings nicht schon deshalb anzunehmen, weil im Rahmen des Lebenssachverhaltes, der dem Schadensersatzanspruch zugrundeliegt, überhaupt eine Formvorschrift verletzt wurde; denn die Formvorschriften er-

---

13) Vgl. Motive I, S. 178 ff.

fassen direkt nur das Rechtsgeschäft. Für den Schadensersatzanspruch können sie nur dann von Bedeutung sein, wenn sie insoweit mittelbar heranzuziehen sind. Eine mittelbare Anwendung der Formvorschriften auf Sachverhalte, die von ihr nicht unmittelbar erfaßt werden, ist aber nur dann zulässig, wenn im Einzelfall oder in dem besonderen Falltypus Sinn und Zweck der Formvorschrift tatsächlich gefährdet erscheinen[14]. Wenn es auch für die direkte Anwendbarkeit der Formvorschrift auf die von ihr unmittelbar und ausdrücklich erfaßten Sachverhalte (d.h. das Rechtsgeschäft) ohne Belang ist, daß im Einzelfall keines der durch die Formvorschrift geschützten Rechtsgüter gefährdet ist[15], so ist eine mittelbare Anwendung der Formvorschrift auf die Schadensersatzansprüche nur dann zulässig, wenn und soweit auch insoweit der Zweck der Formvorschrift tangiert ist.

Die Vorschrift des § 313 BGB, der in diesem Zusammenhang ganz besondere Bedeutung zukommt, verfolgt in erster Linie den Zweck, den Grundstücksverkäufer wegen der wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung des Grundeigentums vor übereiltem und daher unüberlegtem Handeln zu schützen[16]. Von einem Teil der Rechtsprechung[17] ist daraus für unsere sowie für eine ähnlich liegende Fallgruppe[18] der c.i.c. folgendes Argument hergeleitet worden: Der Vorschrift des § 313 BGB sei zugleich der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, daß der Verkäufer an

---

[14] Vgl. Hoche, DNotZ 1958, S. 346 (348 sub b);

[15] BGH in WM 1955, S. 1172 (1173); in WM 1965, S. 48o (482); in WM 1963, S. 1o66 (1o68);

[16] Motive II, S. 18o f; Protokolle I, S. 46o f; vgl. statt aller Staudinger-Kaduk, § 313, Rdnr. 1;

[17] OLG Hamburg, MDR 1954, S. 228; LG Stuttgart in MDR 1956, S. 165; vgl. RG in WarnRG 19o9, Nr. 537, S. 525 f;

[18] die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Landgerichts Stuttgart betrafen den Fall, daß ein Teil in dem anderen das Vertrauen auf ein baldiges Zustandekommen eines (wirksamen) Vertrages weckte. Vgl. dazu unten, S. 187 ff der Arbeit.

seine bisherigen Erklärungen und Zusagen solange nicht gebunden sein soll, wie es nicht zu einer notariellen Beurkundung gekommen ist. Der Verkäufer habe nach dem Willen des Gesetzgebers die Möglichkeit und das Recht, sich bis zu diesem Zeitpunkt zu überlegen, ob er veräußern will. In den hier zu untersuchenden Fällen ist es zu einem formgültigen Vertragsschluß nicht gekommen. Die Haftung aus c.i.c. würde daher in der Tat mit dem so verstandenen Formzweck des § 313 BGB kollidieren[19]; denn der Verkäufer, der befürchten muß, schadensersatzpflichtig gemacht zu werden, wäre in seiner Entschließungsfreiheit, ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht, weitgehend eingeschränkt.

M.E. ist der Vorschrift des § 313 BGB eine derart weitgehende Bedeutung nicht zu entnehmen. Zwar hat der Gesetzgeber eine Bindung der Parteien an die formfehlerhaften Erklärungen abgelehnt. Er hat jedoch lediglich die rechtsgeschäftlichen Ansprüche im Auge gehabt und den Fall, daß sich aus den den Vertragsschluß begleitenden Umständen Schadensersatzansprüche ergeben könnten, nicht bedacht[2o]. Die Ansicht, daß die Vorschriften der §§ 313, 125 BGB die Parteien nicht nur von einer rechtsgeschäftlichen Bindung an die Vertragserklärungen freistellen, sondern ihnen Schadensersatzpflichten auch dort abnehmen sollen, wo der von § 313 BGB verfolgte Zweck des Übereilungsschutzes nicht beeinträchtigt sein kann, findet daher weder im Gesetz noch in den Materialien eine Stütze. Einer derart weitgehenden Auslegung des Formzwecks hätte es zudem selbst in den Fällen des OLG Hamburg und des LG Stuttgart für eine sachgerechte Entscheidung nicht bedurft. Denn im Falle des OLG Hamburg[21] ergab sich der Aus-

---

19) Diese Kollision würde - im Gegensatz zu der sogleich zu besprechenden Auffassung von Medicus - unabhängig davon eintreten, ob es gegebenenfalls zu einem formgerechten Abschluß gekommen wäre;

2o) vgl. Motive I, S. 178, 183 zu § 125; ebenso Battes, JZ 1969, S. 683 (684); siehe auch unten S. 1o2 f der Arbeit;

21) in MDR 1954, S. 228.

schluß der Haftung schon daraus, daß beiden Parteien die Formbedürftigkeit des abgeschlossenen Vertrages bekannt war[22], und im Falle des LG Stuttgart[23] fehlte es schon an dem haftungsbegründenden Tatbestand, da ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers hinsichtlich der Formbedürftigkeit nicht festzustellen war. Gerade für diesen Fall ließ aber auch das LG Stuttgart die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß zu. Der Zweck der Formvorschrift des § 313 BGB, vor dem Abschluß eines formgerechten Kaufvertrages eine Bindung der Parteien auszuschließen, steht einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß in den hier zu besprechenden Fällen daher nicht entgegen.

Eine Kollision zwischen der Schadensersatzpflicht aus c.i.c. und dem Formzweck tritt daher nicht bereits deshalb ein, weil es nicht zu einer notariellen Beurkundung gekommen ist; vielmehr ist sie nur dann gegeben, wenn der Zweck der Formvorschrift, die Parteien vor übereilten und unüberlegten Geschäftsabschlüssen zu schützen, tangiert ist. Das ist jedoch, wie Medicus[24] hervorgehoben hat, stets dann der Fall, wenn es ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten der durch die Formvorschrift geschützten Partei nicht zu einem formgerechten Vertragsschluß gekommen wäre und daher nach allgemeinen Grundsätzen auf das negative[25] Interesse gehaftet würde. Bevor nun darüber entschieden werden kann, welchen Interessen bei dieser Kollision der Vorzug zu geben ist, muß zunächst die Frage geklärt werden, welche Partei durch die Formvorschrift geschützt werden soll. Für § 313 BGB stellt

---

22) Vgl. dazu § 11 dieser Arbeit;

23) in MDR 1956, S. 165;

24) JuS 1965, S. 2o8 (214); ders. Bürgerliches Recht, § 8 III 3 c, S. 65;

25) diese Kollision tritt auch nach Medicus allerdings dann nicht ein, wenn auf das Erfüllungsinteresse gehaftet wird, vgl. Medicus, JuS a.a.O.

sich daher die Frage, ob die Vorschrift nur den Schutz des Verkäufers oder auch den des Käufers vor Übereilung gewährleisten will; denn die Voraussetzungen der Schadensersatzhaftung aus c.i.c. können auch in der Person des Grundstückskäufers vorliegen. Zwar wird der Schaden wegen der Entwicklung des Grundstücksmarktes in der Regel beim Käufer selbst eintreten. Es kann in Ausnahmefällen aber auch anders liegen[26]. Man denke nur an eine, wenn auch kurzfristige Rezession am Grundstücksmarkt oder an den Fall, daß das Kaufobjekt schwer verkäuflich ist.

Eine weitverbreitete Ansicht[27] geht dahin, daß § 313 BGB ausschließlich dem Schutz des Verkäufers vor Übereilung, nicht aber auch dem des Käufers diene. Diese Ansicht liegt auch der Meinung zugrunde, nach der beim Grundstückskauf der nachträgliche Änderungsvertrag nur dann der Form des § 313 BGB bedürfe, wenn durch die Änderung die Pflichten des Verkäufers erweitert werden, während eine Minderung seiner Pflichten (und damit eine Erhöhung der Pflichten des Käufers), wie z.B. die Heraufsetzung des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises oder die Verringerung der zu übereignenden Grundstücksfläche bei gleichbleibendem Preis formlos vereinbart werden könne[28]. Folgt man der dieser Meinung zugrundeliegenden Ansicht, so wäre der Schutz vor Übereilung, den der Käufer

---

26) Vgl. den Sachverhalt in RG WarnRG 1909, Nr. 537, S. 525 ff;

27) RGR-BGB, Wilde, § 313, Bem. 1 und 3o; RGR-BGB, Oegg, (1o. Aufl.) § 313, Anm. 1; Soergel-Reimer Schmidt, § 313, Rdnr. 1 und 7; Erman, § 313, Anm. 9a (S. 655); früher Esser, Schuldrecht (2. Aufl.), § 8, 7 B a, S. 26. Zum Teil wird auch, ohne daß zum Problem des Käuferschutzes Stellung genommen wird, nur der Schutz vor Übereilung angeführt, vgl. Palandt-Heinrichs, § 313, Anm. 1;

28) Palandt-Heinrichs, § 313, Anm. 1o m.w.N.; Enneccerus-Nipperdey, § 154 III b FN 13 (S. 956). Zur Betonung des Gesichtspunktes des Verkäuferschutzes vgl. insbes. Hoche, DNotZ 1958, S. 346 (349). A.A. Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 7 m.w.N.; Erman, § 313, Anm. 1o b, S. 358.

durch das Erfordernis der Beurkundung des ganzen Vertrages erfährt, nur tatsächlicher Art, d.h. ein Reflex des Verkäuferschutzes, nicht aber vom Gesetzgeber durch § 313 BGB bezweckt.

Der Auffassung, § 313 BGB bezwecke ausschließlich den Schutz des Grundstücksverkäufers ist nicht zu folgen. Sie steht bereits im Widerspruch zur Auffassung des Gesetzgebers. Wenn auch der Schutz der bäuerlichen Bevölkerung vor übereilter Preisgabe ihres die Existenz der ganzen Familie sichernden Grundbesitzes im Vordergrund gestanden hat, so hat der Gesetzgeber doch nicht von ungefähr betont, "daß jedes Grundeigentum mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammenhängt, welche wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von weitaussehender Dauer sind, so daß also auch die Veräusserung und der Erwerb immer eine besondere Vorsicht erfordern, wenn nicht für die Vertragsschließenden erhebliche Schwierigkeiten zu befürchten sein sollen"[29]. In der gleichen Weise hat die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Antrag, einfache Schriftform ausreichen zu lassen, abgelehnt, da sie, wo sie bestanden habe, "den bezweckten Schutz der weniger gewandten bäuerlichen Bevölkerung gegen übereilte Käufe und Verkäufe nicht erreicht" habe[30]. Auch die Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs sah den wichtigsten Zweck der Form des § 313 BGB darin, die minder geschäftsgewandte Bevölkerung vor übereilten Käufen und Verkäufen zu bewahren[31]. Dieser schon vom Gesetzgeber berücksichtigte Zweck des Käuferschutzes hat heute umso größere Bedeutung, als angesichts des heutigen Grundstücksverkehrs, in dem wirtschaftlich überlegene Wohnungsbaugesellschaften als Verkäufer auftreten und

---

29) Motive II, S. 190;
30) Protokolle I, S. 461;
31) S. 47.

und den Käufern weitgehend die Bedingungen des Kaufvertrages diktieren, der Käufer oft noch erheblich schutzwürdiger ist als der Verkäufer[32]. Der Schutz des Käufers vor übereiltem Geschäftsabschluß ist folglich nicht nur ein Reflex des Erfordernisses, den gesamten Vertrag zu beurkunden, sondern durchaus ein von § 313 BGB mitverfolgter Zweck[33].
Der Schutz des Käufers vor Übereilung ist allerdings insoweit unvollständig, als die reine Erwerbsverpflichtung (sogen. pactum de emendo), d.h. der Vertrag, durch den nur der Käufer zum Erwerb, nicht aber auch der Verkäufer zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet wird, nicht der Form des § 313 BGB bedarf[34]. Daraus läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, daß § 313 BGB überhaupt nicht den Schutz des Käufers bezwecke. Denn der Gesetzgeber hat bei der Abfassung des § 313 BGB nur den Regelfall des Kaufvertrages im Auge gehabt, ohne den Sonderfall der reinen Erwerbsverpflichtung zu bedenken. Wenn auch die daraufhin beschlossene Fassung des § 313 BGB wegen ihres klaren Wortlauts eine Ausdehnung des Formzwangs auf die reine Erwerbsverpflichtung nicht

---

32) So zu Recht OLG Stuttgart in NJW 197o, S. 566; Schwark, ZRP 197o, S. 37 sowie Anm. zu OLG Stuttgart a.a.O., NJW 197o, S. 1321; Esser, Schuldrecht II, § 61 IV 2, S. 14;

33) so auch Staudinger-Kaduk, § 313, Rdnr. 4o und 1; Esser, II, a.a.O.; Schwark, a.a.O.; Hepp, ZRP 197o, S. 1oo (1o1); so schon früher Hamm, DNotV 191o, S. 1o6 (1o7); Dorst, DJurTag 26 (19o2) Band 1, S. 18; Neumann, Handausgabe BGB, § 313, Anm. 1 a;

34) h.M. und ständ. Rechtsprechung: Staudinger-Kaduk, § 313, Rdnr. 4o m.w.N.; Soergel-Reimer Schmidt, § 313, Rdnr. 7; Erman, § 313, Anm. 4 b, S. 649; Palandt-Heinrichs, § 313, Anm. 2 c; Esser II, § 61 IV 2, S. 14; a.A. Hepp, a.a.O., der jedoch die Entscheidungen RG in JW 19o5, S. 126, bestätigt durch RG in JW 1911, S. 32o Nr. 8; WarnRG 19o9, Nr. 537, S. 525 ff und Deutsches Recht 1939, S. 144o ff übersieht. Gegen Hepp zu Recht Schwark, Anm. zu OLG Stuttgart, a.a.O.

zuläßt[35], so folgt daraus doch nicht, daß § 313 BGB ausschließlich den Schutz des Grundstücksverkäufers zum Ziele habe.

Die Gegenmeinung vermag für ihre Ansicht keine Begründung zu geben, sondern begnügt sich im wesentlichen mit der Behauptung, § 313 BGB bezwecke nur den Schutz des Verkäufers. Lediglich Oegg[36] versuchte, diese Ansicht durch Zitate zu belegen, jedoch betreffen die bei ihm zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts RGZ 76/182 ff; 79/212 ff und 81/49 ff nur das Problem, wann die Vollmacht zum Verkauf eines Grundstücks bzw. die Verpflichtung zur Übereignung an einen Dritten der Form des § 313 BGB bedarf. Zu dem hier behandelten Problem enthalten sie nichts. Dagegen beruft sich die ebenfalls bei Oegg zitierte Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 5o/163 ff ausdrücklich auf die oben wiedergegebene Stelle in den Motiven[37], in denen es heißt: "Daß... die Veräußerung und der Erwerb immer eine besondere Vorsicht erfordern". § 313 BGB bezweckt daher neben dem Schutz des Verkäufers auch den des Käufers vor übereiltem Vertragsschluß.

Es ist somit festzuhalten, daß die Formvorschrift des § 313 BGB nicht nur den Schutz des Grundstücksverkäufers, sondern auch den des Käufers vor Übereilung bezweckt. Eine Kollision zwischen der Schadensersatzpflicht und dem Schutzzweck des § 313 BGB tritt daher unabhängig davon ein, ob der zum Schadensersatz verpflichtende Tatbestand in der Person des Verkäufers oder ausnahmsweise in der Person des Käufers verwirklicht wurde.

---

35) A.A. unter Berufung auf den Käuferschutzzweck außer Hepp, a.a.O., bereits früher Dorst, 26. Dt. JurTag 19o2, Bd. 1, S. 18; Neumann, Handausgabe BGB, § 313, Bem. 1 a; Hamm, Dt. Notarverein 191o, S. 1o6 (1o7); Wünschmann, ZBlfG 1o. Jahrg., S. 15 (18 ff);

36) RGR-BGB (1o. Aufl.), § 313, Anm. 1;

37) Motive II, S. 19o.

Das gleiche gilt auch für die Motive, die den Schadensersatzpflichtigen vom formgerechten Abschluß des Vertrages abgehalten haben könnten. Diese spielen für die Frage, ob eine derartige Kollision vorliegt, keine Rolle. Maßgeblich ist insoweit nur die Frage, o b der Vertrag ohne das pflichtwidrige Verhalten formgerecht abgeschlossen worden wäre. Um das zu erläutern, sollen die möglichen Fallgestaltungen einmal zusammengestellt werden.

Eine Fallgruppe bilden die Fälle, in denen der pflichtwidrig Handelnde bereits bei Abschluß des Vertrages nicht uneingeschränkt bereit war, seiner übernommenen Verpflichtung nachzukommen. In der Mehrzahl der Fälle wird er dann auch von der Formbedürftigkeit des Vertrages und deren Unkenntnis auf seiten des Partners ausgegangen sein. Er handelte dann arglistig. Von einem übereilten Handeln könnte hier allenfalls insofern die Rede sein, als sich der arglistig Handelnde auf eine Vereinbarung mit diesem Inhalt nur im Vertrauen auf ihre Ungültigkeit eingelassen hat. Jedenfalls ist der Arglistige insoweit nicht schutzwürdig[38]. Davon geht auch Medicus aus. Seine Erörterungen betreffen nur den Fall fahrlässiger Pflichtverletzung.

Kannte der pflichtwidrig Handelnde die Formbedürftigkeit des Vertrages und deren Unkenntnis seitens des Partners nicht, hat er also den Vertrag als bindend angesehen, so war er in aller Regel auch bereit, den Vertrag zu erfüllen. Es liegt dann ein Fall der zweiten, sogleich zu besprechenden Fallgruppe vor[39]. Ein Sachverhalt, daß er den Vertrag für bindend hielt, gleichwohl aber nicht erfüllungsbereit war, liesse sich vernünftigerweise nur dort annehmen, wo der pflichtwidrig Handelnde weder erfüllungsfähig ist noch - wegen Mittellosigkeit - eine zwangsweise Durchsetzung seiner Verpflichtung zu befürchten hat. Beim Grundstückskauf scheidet

---

38) Siehe unten, S. 63 ff der Arbeit;

39) siehe unten, S. 53 ff der Arbeit.

eine solche Möglichkeit schon wegen des vorhandenen Haftungsobjekts aus. Man denke aber etwa an den Minderkaufmann, der sich mündlich verbürgt, auf Befragen fahrlässig falsche Angaben zum Umfang seines Geschäftes macht, seine mündliche Bürgschaftserklärung auch selbst gem. § 35o HGB für bindend hält, gleichwohl aber wegen Vermögensverfalls nicht erfüllungsfähig ist[4o]. Selbst wenn man annehmen wollte, er hätte die Bürgschaftserklärung nicht schriftlich abgegeben, so ist der Formzweck des Übereilungsschutzes hier nicht ohne weiteres tangiert. Jedenfalls wäre der Bürge hier nicht schutzwürdig. Wenn auch grundsätzlich keine Aufklärungspflicht des Schuldners über seine mangelnde Erfüllungsbereitschaft besteht, da der Gläubiger in der Regel nicht darauf, sondern auf die gesetzlichen Zwangsmittel vertraut[41], so ist doch der Bürge, der gerade eine mögliche Insolvenz des Hauptschuldners absichern soll, zumindest zur Aufklärung über seine Zahlungsunfähigkeit verpflichtet. Verletzt er arglistig diese Pflicht, so ist er nicht schutzwürdig. Er hat daher, wenn er wieder zu Vermögen kommt, das negative Interesse zu ersetzen.

Eine zweite Fallgruppe bilden die Fälle, in denen der pflichtwidrig Handelnde bei Abschluß des Vertrages bereit war, seine Leistung zu erbringen. Häufig wäre dann auch der Vertrag bei einem entsprechenden Verlangen des anderen Teils formgültig abgeschlossen worden. Welche Ansprüche in einem solchen Fall bestehen, ist Gegenstand der Erörterungen in § 4 dieser Arbeit.

Die Feststellung, der Vertrag wäre trotz der ursprünglichen Erfüllungsbereitschaft des Ersatzpflichtigen (möglicherweise) nicht formgerecht abgeschlossen worden, läßt sich in folgenden Unterfällen treffen: Im ersten Unterfall hätte

---

[4o] Vgl. hierzu Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o);

[41] RG in Deutsches Recht 1941, S. 2o1 ff mit ablehnender Anm. von Herschel, ebenda, S. 2o3 ff.

der Ersatzpflichtige den Vertrag nicht oder nicht mit dem formwidrig vereinbarten Inhalt beurkunden lassen, um Beurkundungskosten[42] oder Steuern[43] zu sparen oder deren Zahlung aufzuschieben. Soweit Beurkundungskosten in Frage stehen[44], ist der Übereilungsschutz nicht tangiert. Die gesetzliche Anordnung des Formzwanges kann nicht den Zweck haben, die Parteien vor Kosten zu warnen, die erst durch die Anordnung des Formzwanges hervorgerufen werden. Zweifelhaft ist die Frage allerdings bei der Steuerpflicht. Bei den Erörterungen des Gesetzgebers zu § 313 BGB spielte der Fall der Übervorteilung des geschäftsungewandten Bauern durch den gewerbsmäßigen Güterschlächter insbesondere bei sogen. Wirtshausgeschäften eine besondere Rolle[45]. Es ließe sich daher die Ansicht vertreten, § 313 BGB sei von seiner Tendenz her ausschließlich gegen eine Übervorteilung einer Partei durch die andere gerichtet. Der Formzwang und die dadurch ermöglichte sachverständige Beratung durch den Notar solle nur verhindern, daß eine Partei von der anderen übervorteilt wird. Da die Steuerpflicht aber nicht zu den Pflichten der Parteien untereinander gehört, durch deren Erfüllung eine

---

42) Zur Beurkundungspflicht vgl. neben § 313 S. 1 BGB die §§ 311, 312 Abs. 2 S. 2, 518 Abs. 1 S. 1, 2371, 2385 BGB, § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, § 11 Abs. 2 ErbbauVO, § 4 Abs. 3 Wohnungseigentumsgesetz;

43) mit der Veräußerung eines Grundstücks entsteht gem. § 15 Ziff. 1 des Grunderwerbssteuergesetzes vom 29.3.1940 (RGBl. I, S. 585) für beide Vertragsteile die Grunderwerbssteuerpflicht; vgl. dazu Boruttau-Klein, Grunderwerbssteuergesetz, § 15, Anm. 2. Zur früher erhobenen Wertzuwachsteuer, für die in der Regel der Veräußerer steuerpflichtig war, vgl. näher Müthling, Wertzuwachssteuerrecht;

44) beim Grundstückskauf trägt diese gem. § 449 BGB grundsätzlich der Käufer; nur dieser könnte folglich dadurch vom formgerechten Abschluß abgehalten worden sein;

45) vgl. Protokolle I, S. 461 f; Motive I, S. 179; siehe auch Staudinger-Kaduk, § 313, Rdnr. 1; Erman, § 313, Anm. 1.

Partei zu Lasten der anderen einen Vorteil erlangen kann, und da diese Pflicht zudem an rein objektiven Kriterien ausgerichtet ist, könne die Steuerpflicht vom Schutzzweck des § 313 BGB nicht erfaßt sein.

M.E. läßt sich der Schutzzweck des § 313 BGB nicht auf die Pflichten der Parteien untereinander beschränken. Denn ein wirksamer Schutz der Parteien vor Übereilung ist nur dann gegeben, wenn sie zu einer genauen Prüfung der gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen des Vertrages angehalten werden. Zudem ist der Notar durch die Vorschrift des § 34 BNotO ausdrücklich zur Aufklärung der Parteien hinsichtlich der steuerrechtlichen Folgen des Vertrages verpflichtet. Der Übereilungsschutz des § 313 BGB ist daher tangiert, wenn der Schadensersatzpflichtige den Vertrag aus steuerlichen Gründen nicht formgerecht abgeschlossen hätte.

Die zweite Untergruppe bilden die Fälle, in denen der pflichtwidrig Handelnde, obwohl er zur Zeit des Vertragsschlusses erfüllungsbereit war, den Vertrag deshalb (möglicherweise) nicht formgerecht abgeschlossen hätte, weil ihm die sonstigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Konsequenzen der von ihm übernommenen Verpflichtung nicht im vollen Umfang klar waren. Vom Notar entsprechend belehrt, hätte er möglicherweise doch vom formgerechten Abschluß des Vertrages Abstand genommen. Es ist m.E. nicht ernsthaft zu bestreiten, daß in einem solchen Fall der Formzweck, durch fachmännische Beratung vor übereiltem Handeln zu warnen, tangiert ist. Dieser Fall ist daher genau so zu behandeln wie der Fall, in dem der Schadensersatzpflichtige aus steuerlichen Gründen den Vertrag nicht formgerecht abgeschlossen hätte.
Schwierigkeiten bei der Einordnung in eine der genannten Fallgruppen können im Einzelfall allerdings dann auftreten, wenn z.B. der inanspruchgenommene Verkäufer erklärt, er sei ebenso wie der Käufer beim Vertragsschluß von dessen Wirksamkeit ausgegangen. Er habe sich daher keine Gedanken darüber gemacht, ob er die Erklärung auch in einer anderen Form abgeben würde.

Er könne demgemäß heute nicht mehr sagen, ob er den Vertrag auch in der erforderlichen Form geschlossen hätte. M.E. ergibt sich eine sachgemäße Qualifizierung eines derartigen Falles aus folgender Überlegung: Bei fahrlässigem Verhalten kann, sofern nicht besondere Gründe die gegenteilige Annahme rechtfertigen[46], davon ausgegangen werden, daß auch die schuldhaft handelnde Partei zum formgerechten Abschluß des Vertrages bereit gewesen wäre. Beide Teile haben einen Vertrag geschlossen, den sie für wirksam hielten. Darin zeigt sich, daß sie bereit waren, einen wirksamen Vertrag zu schließen. Das rechtfertigt auch die Folgerung, daß sie bereit waren, die gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen und damit auch eine eventuell erforderliche Form einzuhalten. Diese Schlußfolgerung ist zwar hypothetischer Art, da die Parteien von der formlosen Gültigkeit ihrer Vereinbarung ausgingen und zu der Frage der Formerfüllung daher auch nicht Stellung zu nehmen brauchten. Das schließt die Berechtigung dieser Schlußfolgerung jedoch nicht aus.

Damit ist aber noch nichts Endgültiges dazu gesagt, ob der Vertrag auch tatsächlich formgerecht abgeschlossen worden wäre. Zu dieser Feststellung bedarf es vielmehr noch - an anderer Stelle zu erörternder[47] - weiterer Umstände. Lassen sich diese Umstände nicht nachweisen, so ist zugunsten des Schadensersatzpflichtigen davon auszugehen, daß die Warnfunktion des Formerfordernisses akut geworden wäre. Eine Kollision zwischen der Schadensersatzpflicht und dem Formzweck des Übereilungsschutzes tritt daher nicht nur dann ein, wenn feststeht, daß der Schadensersatzpflichtige aus steuerlichen oder aus sonstigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen den Kaufvertrag nicht formgerecht abgeschlossen hätte, sondern auch

---

[46] Diese können sich z.B. aus den Umständen ergeben, die zu dem Formfehler geführt haben. Man denke etwa an den Schwarzkauf;

[47] siehe dazu unten, S. 1o5 ff der Arbeit.

dann, wenn sich besondere Umstände nicht nachweisen lassen, die die Annahme rechtfertigen, daß der Vertrag gegebenenfalls formgerecht abgeschlossen worden wäre. Dabei spielt es, wie oben näher dargelegt, auch keine Rolle, ob im Einzelfall der Grundstücksverkäufer oder der Käufer auf Ersatz des negativen Interesses in Anspruch genommen wird.

Damit spitzt sich alles auf die Frage zu, ob bei dieser Kollision dem Schutzzweck der Formvorschrift oder dem Schutzinteresse des in seinem Vertrauen auf die Verbindlichkeit des Vertrages enttäuschten Vertragspartners der Vorrang gebührt. Diese Frage scheint mir für die Brauchbarkeit der c.i.c. zur Lösung der Formprobleme von ganz entscheidender Bedeutung zu sein; denn selbst wenn sich gegen die Gewährung eines - noch zu erörternden[48] - Schadensersatzanspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses aus Gründen der Formvorschrift keine durchgreifenden Bedenken ergeben, so wäre der Wert des Instituts der c.i.c. für den behandelten Problemkreis äußerst fraglich, wenn die c.i.c. in den Fällen, in denen nach allgemeinen Grundsätzen auf Ersatz des negativen Interesses gehaftet würde, im Ergebnis keine Schadensersatzansprüche gewähren könnte.

Medicus[49] hat die Auffassung vertreten, die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß müsse überall dort zurücktreten, wo sie einen vom Gesetz gewollten Schutz beeinträchtigen würde. Er meint, das sei u.a. dann der Fall, wenn Formvorschriften verletzt würden, deren Zweck auch der Schutz einer Partei vor übereilten und unüberlegten Geschäftsabschlüssen sei.

---

[48] Siehe dazu unten, S. 87 ff der Arbeit;

[49] in JuS 1965, S. 209 (214); ders., Bürgerliches Recht, § 8 III 3 c, S. 65 f; im Ergebnis ebenso schon Riezler, venire contra factum proprium, S. 169 Nr. 3; Lorenz, JuS 1966, S. 429 (435 zu FN 43) scheint insofern nur den Fall beiderseitiger Fahrlässigkeit im Auge zu haben.

Liege das Verschulden bei der zu schützenden Partei, so werde der Zweck des Übereilungsschutzes umsomehr beeinträchtigt, je stärker sich das negative Interesse rechnerisch dem Erfüllungsinteresse annähere.
Für die Auffassung Medicus' ließe sich anführen, daß das Gesetz selbst eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ausschließlich dort angeordnet hat, wo besondere Schutzinteressen nicht im Spiel sind. So beruht die in § 3o6 BGB angeordnete Nichtigkeit wegen ursprünglicher Unmöglichkeit nicht auf einem besonderen Schutzgedanken zugunsten einer der Parteien, sondern auf einem rein logischen Prinzip. Ähnliches gilt für § 179 Abs. 2 BGB. Auch § 122 BGB, der allerdings keinen Fall eines Verschuldens bei Vertragsschluß darstellt[5o)], besagt hierzu nichts Gegenteiliges. Zwar bezweckt das Anfechtungsrecht den Schutz dessen, der bei Abgabe seiner Willenserklärung einem wesentlichen Irrtum unterlag. Die durch § 122 Abs. 1 BGB angeordnete Schadensersatzpflicht tritt jedoch nicht in Kollision mit dem Anfechtungsrecht, sondern stellt gerade einen Ausgleich für die Gewährung des Anfechtungsrechts dar[51)]. Die diesen gesetzlichen Vorschriften zugrundeliegende Interessenlage könnte zu dem Schluß führen, daß eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nur dann durchgreift, wenn besondere Schutzinteressen nicht tangiert werden.
Ich halte eine solche Schlußfolgerung jedoch nicht für berechtigt. Gegen sie spricht bereits die Tatsache, daß die Lehre von der c.i.c. zur Zeit der Schaffung des BGB noch kaum entwickelt war. Rechtsprechung und Lehre haben über die §§ 122, 179 und 3o7 BGB hinaus weitere Fälle eines Verschuldens bei Vertragsschluß anerkannt. Insbesondere ist es

---

5o) Staudinger-Werner, § 275, Vorbem. 99, Fußnote. Vgl. oben, S. 35 FN 13 der Arbeit.
Dasselbe gilt für § 179 Abs. 2 BGB: Staudinger-Coing, § 179, Rdnr. 18;

51) vgl. Lange, JheringsJ Bd. 89, S. 277 (341).

heute herrschende Meinung, daß auch der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer die Aufwendungen zu ersetzen hat, die dieser im Vertrauen auf das baldige Zustandekommen eines Kaufvertrages gemacht hat[52]. Die Auffassung Medicus' führt auch zu praktisch unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. Soll man den Formzweck bereits dann als berührt ansehen, wenn das negative Interesse 3o % oder 5o % des Erfüllungsinteresses beträgt oder tritt die Kollision erst bei 7o % oder 8o % ein?

Gegen die Auffassung von Medicus spricht weiter vor allem folgender Gesichtspunkt: Die Schadensersatzpflicht aus c.i.c. setzt voraus, daß der Ersatzpflichtige seine vorvertraglichen Pflichten schuldhaft verletzt hat. Vorvertragliche Pflichten bezüglich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages bestehen jedoch, wie die Ausführungen in § 1 dieser Arbeit zeigen, in weitaus geringerem Umfang als gemeinhin angenommen wird. Das verkennt auch Medicus. So fehlt es in dem von ihm gebildeten Bürgschaftsfall bereits, wie Reinicke[53] nachgewiesen hat, an einer Pflichtverletzung. Um zu einer solchen, für die Schadensersatzhaftung notwendigen Pflichtverletzung zu kommen, wäre der Beispielsfall dahingehend umzubilden, daß entweder eine bestimmte positive Erklärung bezüglich der Formbedürftigkeit abgegeben wurde[54] oder daß - bei Pflichtverletzung durch Unterlassen - das Vorliegen der engen Voraussetzungen einer besonderen Erkundigungs- und Aufklärungspflicht angenommen wird[55]. Dem Anliegen Medicus', einer unkontrollierbaren Ausuferung der c.i.c. entgegenzutreten, ist daher bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß vorvertragliche Pflichten hinsichtlich

---

52) BGH in WM 1955, S. 728 ff; in NJW 1967, S. 2199 m.w.N.;

53) in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o);

54) so in dem von Reinicke a.a.O. gebildeten Fall, daß der sich verbürgende Minderkaufmann fahrlässig falsche Angaben zum Umfang seines Geschäfts macht, vgl. § 35o HGB;

55) vgl. dazu oben, S. 12 ff der Arbeit.

der Formbedürftigkeit nur in engem Rahmen anerkannt werden können. Der völlige Ausschluß der Haftung würde jedoch über das Ziel hinausschießen; denn die Pflichten, die sich für die Vertragsparteien aus dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen und dem dadurch geschaffenen vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis ergeben, würden weitgehend entwertet, wenn an ihre Verletzung keine Rechtsfolgen geknüpft würden. Die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke des Gesetzgebers können die Parteien nicht von ihren vorvertraglichen Pflichten entbinden. Dies ist für den Fall anerkannt, daß eine Partei in der anderen das Vertrauen auf das sichere Zustandekommen eines (formgültigen) Vertrages erweckt[56]. Das hat aber auch für den insoweit gleichliegenden Fall zu gelten, daß das Vertrauen darauf geweckt wird, der Vertrag komme so, wie er abgeschlossen wird, formgültig zustande. Hier gilt dieser Grundsatz umsomehr, als in diesem Zusammenhang vorvertragliche Pflichten nur im engen Rahmen anzuerkennen sind.

Dem steht auch nicht entgegen, daß nach h.M.[57] fahrlässiges Verhalten eines Teils bezüglich der Formbedürftigkeit allein nicht ausreicht, den Vertrag nach § 242 BGB aufrechtzuerhalten. Denn an dieser Stelle geht es nicht um die Frage des rechtsgeschäftlichen Anspruchs auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages, sondern um das Problem des auf Ersatz des negativen Interesses gerichteten Schadensersatzanspruchs. Entgegen der Ansicht von Medicus[58] und mit der h.M. ist daher ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des negativen Interesses auch dann zu bejahen, wenn im Einzelfall durch diesen Schadensersatzanspruch der von der Formvorschrift verfolgte Zweck des Übereilungsschutzes berührt wird.

---

56) BGH in NJW 1967, S. 2199;

57) siehe oben, S. 35 FN 11 der Arbeit;

58) Medicus selbst vermag keine befriedigende Lösung dieser Fälle zu geben. Vgl. Bürgerliches Recht, § 8 III 3 c, S. 66. Gegen Medicus bereits Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o) sowie Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o.

2. Kritik der Auffassung von Lorenz

Die Fälle, in denen die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nur relativ unbedeutende Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses gewährt, sind Ansatzpunkt für die Kritik, die der schadensersatzrechtlichen Lösung vorwirft, in bestimmten Fällen (nicht etwa zu weitgehende Ansprüche, wie Medicus meint, sondern) nur unzureichende Ansprüche zu gewähren. So begründet Lorenz[59] seine Auffassung, die Probleme der Formnichtigkeit seien ganz aus dem Schadensersatzrecht herauszulösen, u.a. mit folgender Überlegung: Der lediglich fahrlässig Handelnde wäre regelmäßig bereit gewesen, den Vertrag auch formgerecht abzuschließen, wenn der andere die Formbedürftigkeit gekannt und auf Erfüllung der Form bestanden hätte. Der fahrlässig Handelnde hafte daher nach der h.M. auf das Erfüllungsinteresse. Der Arglistige dagegen, der von vornherein einen formgültigen Abschluß abgelehnt[60] hätte, hafte nur auf das u.U. unbedeutende negative Interesse. Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß führe folglich leicht zu einer Belohnung des Unanständigen.

M.E. schießt diese Kritik über das Ziel hinaus. Es trifft zwar zu, daß in den Fällen arglistigen Verhaltens eine Lösung allein über das Schadensersatzrecht zu untragbaren Ergebnissen führen würde, da gerade der Arglistige in der Regel nur unbedeutenden Schadensersatzansprüchen ausgesetzt wäre. Eine Handhabe, in Fällen arglistigen oder vorsätzlichen Verhaltens stets zu einem auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichteten Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB oder aus c.i.c. zu kommen, ist nicht gegeben.

---

59) in ACP Bd. 156, S. 381 (402 f); ebenso schon Linnemann, Diss., S. 82;

60) Lorenz, a.a.O. verweist dabei zu Unrecht auf Boehmer, Grundlagen II, 2, S. 98. Boehmer bejaht nämlich bei Arglist den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung.

Eine solche Handhabe folgt nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 116 BGB, wie sie Oertmann vorgeschlagen hat. Oertmann[61] meinte, bei der Frage, was der Käufer ohne die arglistige Vorspiegelung des Verkäufers als Gewinn erlangt hätte, sei entsprechend § 116 BGB von dessen mangelnder Bereitschaft zum formgültigen Abschluß abzusehen. M.E. ist für eine Analogie zu § 116 BGB jedenfalls mit der von Oertmann angenommenen Schadensersatzfolge kein Raum. Nach § 116 BGB ist "eine Willenserklärung... nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende innerlich vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen". Aus dieser Vorschrift selbst sowie ihrer systematischen Einordnung ergibt sich, daß sie nur rechtsgeschäftliche, nicht aber auch schadensersatzrechtliche Bedeutung hat. Daher wäre es allenfalls konsequent, mit Flume[62] aus einer entsprechenden Anwendung des § 116 BGB vertragsähnliche, nicht aber schadensersatzrechtliche Ansprüche herzuleiten.

Richtiger Ansicht nach dürfte sich die Vorschrift des § 116 BGB aber bereits in der Normierung der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Regel erschöpfen, der zufolge es für den Inhalt und die Verbindlichkeit der Willenserklärung stets darauf ankommt, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte. Sie ist jedoch nicht in der Lage, fehlende Wirksamkeitsvoraussetzungen, insbesondere die Form, zu ersetzen[63]. Gerade eine derartige Wirkung würde man aber dem § 116 BGB beilegen, wenn man die arglistig handelnde Partei stets mit einem auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichteten Schadensersatzanspruch belasten würde.

---

61) in SächsArchivRpfl. 1915, S. 418; ebenso Steinberg, Haftung für culpa in contrahendo, S. 77; Hildebrandt, a.a.O., S. 246 f; Brenner, Diss., S. 25; Fuchs, Diss., S. 37 f; Linnemann, Diss., S. 84 f, der gleichwohl die c.i.c. hier ablehnt. Ebenso zunächst Lorenz, ACP Bd. 156, S. 381 (403), anders aber jetzt in JuS 1966, S. 429 (432 zu FN 16);

62) das Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c cc, S. 281 f; vgl. auch Battes, JZ 1969, S. 683 (691);

63) Staudinger-Weber, § 242, D 447; ablehnend auch Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (218); Böse, Diss., S. 31.

Auch eine entsprechende Anwendung des § 252 BGB, wie sie Oertmann[64] zunächst angeregt hatte, kommt hier nicht in Betracht. Für § 252 BGB ist nämlich nicht die subjektive Parteierwartung, sondern die objektive Sachlage dafür maßgeblich, was als Gewinn "mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte"[65]. Zwar hatte auch Oertmann erkannt, daß für § 252 BGB nur objektive Gesichtspunkte maßgeblich sind. Er war auch der Auffassung, nur objektive Umstände zugrundezulegen, indem er die fehlende (subjektive) Bereitschaft des Arglistigen zum formgerechten Abschluß unberücksichtigt ließ. Damit stellte er aber letztlich doch auf subjektive Merkmale, nämlich die subjektive Erwartung des getäuschten Verhandlungspartners, ab. Diese kann für § 252 BGB aber nicht maßgeblich sein. Zu Recht gewährt die h.M. daher auch bei arglistigem Verhalten, soweit Schadensersatzansprüche in Frage stehen, nur einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses[66].

Eine angemessene Lösung dieser Fälle läßt sich jedoch - und damit besteht für eine Analogie zu § 116 BGB oder § 252 BGB heute auch kein Bedürfnis mehr - mit Hilfe der Generalklausel des § 242 BGB erzielen. Nach heute ganz überwiegender Ansicht ist der an sich formnichtige Vertrag dann, wenn ein Teil den anderen bei Vertragsschluß arglistig über die einzuhaltende Form getäuscht hat, gemäß § 242 BGB zugunsten des Getäuschten als gültig zu behandeln[67], d.h. dem arglistig

---

64) Das Recht 1914, Sp. 8 ff; zustimmend Brenner, Diss., S. 25;

65) gegen Oertmann daher bereits Staudinger-Weber, § 242, D 448 m.w.N.; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 166;

66) Staudinger-Weber, § 242, D 444; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 357; Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9; Enneccerus-Nipperdey, § 154 FN 18 auf S. 958; Gernhuber a.a.O., S. 165 f; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 33 III 2 a, Fußnote 14;

67) BGHZ 16/334 (337 f) = WM 1955, S. 1172 (1173); BGHZ 35/272 (277); vgl. RGZ 96/313 (315). Reinicke, Rechtsfolgen, S. 46 ff; Staudinger-Weber, § 242, D 427 ff, D 431 ff, jeweils m.w.N.

Getäuschten steht der sogen. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu[68].

Die gegenteilige Auffassung, nach der die Nichtigkeitsanordnung des § 125 BGB absolut zwingend sei und unter keinen Umständen eine Durchbrechung erfahren dürfe, da die Gewährung von Schadensersatzansprüchen immer ausreichend sei[69], ist überholt. Es trifft zwar zu, daß die Zulassung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung die generelle Nichtigkeitsanordnung des § 125 BGB einschränkt; es ist jedoch ein zwingendes Gebot der Gerechtigkeit, daß der arglistig Täuschende an seinem Wort festzuhalten ist, auch wenn sein Wort nicht der erforderlichen Form genügt. Die gegenteilige Auffassung würde den schutzwürdigen Interessen des arglistig Getäuschten nicht gerecht.

Die Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages bei arglistigem Verhalten eines Teils über § 242 BGB führt auch nicht, wie das OLG Koblenz meinte[7o], zu einer Bevorzugung des arglistig Handelnden in der Form, daß ihm eine rechtliche Gestaltungsmacht eingeräumt wird, die das Gesetz allen übrigen Angehörigen der Rechtsgemeinschaft versagt. Zwar beruht die Aufrechterhaltung des Vertrages auf seinem arglistigen Verhalten bei Vertragsschluß. Der Arglistige kann auch, wenn der andere Teil auf der Erfüllung des Vertrages besteht,

---

68) Dieser Begriff ist zwar ungenau (vgl. Gernhuber, a.a.O., S. 154 f), er soll jedoch im folgenden gleichwohl verwandt werden, da er sich ganz allgemein durchgesetzt hat. Man muß sich dabei nur vor Augen halten, daß es sich dogmatisch um die Grenzziehung zwischen § 125 BGB (Rechtssicherheit) und § 242 BGB (Einzelfallgerechtigkeit) handelt. Vgl. BGHZ 23/249 (255/56); Staudinger-Weber, § 242, D 44o; Gernhuber, a.a.O., S. 155 FN 2o, jeweils mit weiteren Nachweisen;

69) so Matthießen, DGWR 1938, S. 213 ff; ders. in DGWR 1939, S. 223 ff; Heldrich in ACP Bd. 147, S. 89 (112 ff); OLG Koblenz in DRZ 1949, S. 4o ff;

7o) in DRZ 1949, S. 4o (41).

seinerseits die ihm zustehende vertragliche Leistung verlangen. Er kann jedoch nicht gegen den Willen des arglistig Getäuschten unter Anbietung seiner Leistung dessen Vertragsleistung fordern. Denn die Aufrechterhaltung des Vertrages dient ausschließlich den schutzwürdigen Belangen des Getäuschten. Diesem steht ein Wahlrecht zu[71], ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen oder es bei der Nichtigkeit belassen will[72]. Demzufolge ist bei arglistigem Verhalten eines Teils im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der formnichtige Vertrag stets zugunsten des arglistig Getäuschten als gültig zu behandeln.

Von dieser Auffassung geht auch Lorenz aus. Seine Bedenken bezüglich der Fälle ursprünglicher Arglist betreffen nur die beweismäßigen Schwierigkeiten[73]. Umsoweniger leuchtet dann aber sein Einwand ein, die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß könne hier leicht zu einer Belohnung des Unanständigen führen[74]. Dieser Einwand wäre nur dann berechtigt, wenn die Lösung der Formprobleme ausschließlich über das Schadensersatzrecht erfolgte. Eine solche Auffassung wird heute jedoch, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten. Vielmehr wird das Institut der unzulässigen Rechtsausübung durch das Schadensersatzrecht ergänzt.

---

71) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 38 f; Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c cc, S. 282; Medicus, Bürgerl.Recht, § 8 III, 2, S. 64. Die insofern mißverständliche Formulierung Gernhubers (S. 177/178) "das Rechtsgeschäft... (ist) vollwirksam" betrifft die andere Frage der Drittwirkung des über § 242 BGB aufrechterhaltenen Vertrages;

72) wählt er die Nichtigkeit, so verbleibt ihm aber der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses; denn der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung soll ausschließlich dem Schutz des Getäuschten dienen, ihm aber nicht Ansprüche abschneiden, die sonst bestünden. A.A. wohl zunächst Medicus, JuS 1965, S. 2o9 (214 a.E.); vgl. jetzt aber, ders., Bürgerl.Recht, § 8 III 2, S. 64;

73) vgl. ACP Bd. 156, S. 381 (4oo);

74) ders. a.a.O., S. 4o3.

Linnemann[75] meint nun, da die schadensersatzrechtliche Lösung häufig einer Korrektur durch die Lösung über § 242 BGB bedarf, sei es rechtspolitisch nicht gerechtfertigt, je nach der Eigenart der Fallgestaltung verschiedene Anspruchsgrundlagen zu wählen und demnach verschiedenartige Ansprüche zu gewähren. Eine gleichmäßige, wirklich Treu und Glauben entsprechende Behandlung aller möglichen Fälle sei nur dann gewährleistet, wenn auf einheitliche Gesichtspunkte abgestellt werde. Daher sei allein von der Generalklausel des § 242 BGB auszugehen, zumal diese ohnehin der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß zugundeliege.

Der Auffassung von Linnemann ist nicht zu folgen. Soweit die Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages nach § 242 BGB allein auf subjektive Gesichtspunkte zur Zeit des Vertragsschlusses gestützt wird, kommt sie nur in den krassen Fällen arglistigen oder vorsätzlichen Verhaltens, nicht aber schon bei fahrlässigem Verhalten in Betracht. Die Korrekturbedürftigkeit der schadensersatzrechtlichen Regelung in den Fällen arglistigen Verhaltens schließt ihre Anwendbarkeit im allgemeinen und insbesondere bei lediglich fahrlässigem Verhalten daher nicht aus. Daraus folgt zugleich, daß der Einwand von Lorenz, die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß könne leicht zu einer Belohnung des Unanständigen führen, beim arglistig Handelnden im Ergebnis nicht durchgreift.

Eine ungerechtfertigte Bevorzugung gegenüber dem bloß fahrlässig Handelnden könnte aber - worauf Lorenz allerdings nicht eingeht - demjenigen zuteil werden, der bei Vertragsschluß zwar nicht arglistig, wohl aber vorsätzlich hinsichtlich der Formbedürftigkeit gehandelt hat. Denn es ist zweifelhaft, ob der formfehlerhafte Vertrag auch dann nach § 242 BGB aufrechtzuerhalten ist, wenn derjenige Vertragsteil, der die Formbedürftigkeit sowie deren Unkenntnis auf seiten

---

[75] Linnemann, Diss., S. 88 f.

seines Partners zur Zeit des Vertragsschlusses kannte, in diesem Zeitpunkt bereit war, seine zugesagte Leistung zu erbringen und diese Bereitschaft erst später aufgegeben hat. Auf diese Frage kommt es in unserem Zusammenhang allerdings dann nicht an, wenn der Vertrag, wie es angesichts der ursprünglichen Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers naheliegt, auf Verlangen des Käufers tatsächlich formgerecht abgeschlossen worden wäre. In diesem Fall scheidet eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Vorsatz und Fahrlässigkeit schon nach den Prinzipien des Schadensersatzrechts aus.
Die Frage der Aufrechterhaltung des Vertrages über § 242 BGB bei vorsätzlichem Verhalten wird aber dann akut, wenn sich nicht feststellen läßt, daß der Vertrag auf Drängen des Käufers auch wirklich formgerecht geschlossen worden wäre. M.E. rechtfertigt die ursprüngliche Erfüllungsbereitschaft des Vertragsteils (Verkäufers), dem die Formbedürftigkeit des Vertrages sowie die Unkenntnis seines Partners schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war, keine von den Arglistfällen abweichende Beurteilung[76]. Denn der Verkäufer wußte hier, daß sein Verhandlungspartner auf die Verbindlichkeit des Vertrages vertraute, während ihm (dem Verkäufer) bekannt war, daß er durch den Vertrag rechtlich zu nichts verpflichtet wurde. Er hat daher bewußt die berechtigten Belange seines Vertragspartners in ganz erheblichem Maße gefährdet. Es ist daher gerechtfertigt, ihn an dem Vertrag festzuhalten und dem Käufer dadurch die Beweislast abzunehmen, daß es ohne die vorsätzlich falsche Erklärung oder bei pflichtgemäßer Aufklärung hinsichtlich der Formbedürftigkeit zu einem formgerechten Abschluß gekommen wäre. Der Vertrag ist demgemäß auch dann aus Treu und Glauben als gültig zu behandeln, wenn der Vertragsteil, dem die Formbedürftigkeit des Vertrages und die Unkenntnis seines Partners zur

---

[76] So auch Reinicke, Rechtsfolgen, S. 48-5o m.w.N.

Zeit des Vertragsschlusses bekannt war, zunächst zur Erfüllung seiner übernommenen Verpflichtung bereit war und diese Bereitschaft erst später aufgegeben hat.

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage ist nicht eindeutig. Seine Ausführungen im Eigentumswohnungsfall[77] legen jedoch die Annahme nahe, daß er auch bei vorsätzlichem Verhalten seine allgemeine Formel zugrundelegt, der zufolge ein formnichtiges Rechtsgeschäft nur dann gemäß § 242 BGB aufrechtzuerhalten ist, wenn die Versagung gerade der vertraglichen Ansprüche nicht nur zu einem harten, sondern zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde[78]. Da der Bundesgerichtshof ein derart untragbares Ergebnis stets dann verneint, wenn dem Geschädigten erhebliche Schadensersatzansprüche zustehen[79], würde er die Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages zwar dann ablehnen, wenn dem Käufer ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses oder des dem Erfüllungsinteresse rechnerisch gleichgroßen negativen Interesses zustünde. In den hier zur Erörterung stehenden Fällen, in denen nur ein wirtschaftlich unbedeutender Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse besteht, würde er jedoch möglicherweise ebenfalls zur Aufrechterhaltung des Vertrages gemäß § 242 BGB kommen. Auch unter Zugrundelegung der Auffassung des Bundesgerichtshofs wäre daher eine Bevorzugung des vorsätzlich Handelnden gegenüber dem nur fahrlässig Handelnden im Ergebnis nicht festzustellen.

Der Ansicht des Bundesgerichtshofs kann allerdings in ihrem Grundsatz nicht zugestimmt werden. Die Differenzierung danach, ob dem Geschädigten umfangreiche Schadensersatzansprüche zuste-

---

77) BGH in WM 1966, S. 89 (91); vgl. dazu Reinicke, a.a.O., S. 49 f;

78) BGH in WM 1965, S. 315 (316) ständ. Rechtsprechung; vgl. die Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242, D 431; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 346;

79) BGH in WM 1965, S. 315 (316); in NJW 1966, S. 89 (91).

hen oder nicht, führt zu dem widersprüchlichen Ergebnis, daß der Vertrag nach § 242 BGB aufrechtzuerhalten ist, wenn dem Geschädigten kein wesentlicher Schaden entstanden ist, daß eine Aufrechterhaltung aber ausscheidet, wenn ihm Schadensersatzansprüche von bedeutsamem Umfang zustehen. Eine solche Differenzierung entbehrt m.E. eines sachlichen inneren Grundes. Der Vertrag ist daher bei vorsätzlichem Verhalten bei Vertragsschluß stets als wirksam zu behandeln.

Lorenz[80] ist dagegen der Auffassung, das schuldhafte Verhalten zur Zeit des Vertragsschlusses könne, sofern es sich nicht gerade um Arglist handele, die von den Formvorschriften verfolgten Zwecke nicht aufheben. Die Abhilfe gebietende Härte liege vielmehr regelmäßig darin, daß der formnichtige Vertrag, wenn auch nicht juristisch vollständig erfüllt, so doch bereits in einer für den Erwerber wirtschaftlich bedeutsamen Weise in Vollzug gesetzt worden ist, Dispositionen getroffen worden sind etc.

Richtig an dieser Auffassung ist, daß die wirtschaftliche Abwicklung des Vertrages für seine Aufrechterhaltung eine nicht unerhebliche Rolle spielt[81]. Sie kann u.U. für sich allein bereits ein Abgehen von der Nichtigkeitsanordnung des § 125 BGB zwingend gebieten. Sie kann auch in Verbindung mit einem subjektiven Verhalten, das für sich allein zur Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages nicht ausreichen würde, wie es bei bloß fahrlässigem Verhalten der Fall ist[82], zur Wirksamkeit des Vertrages führen. Wollte man jedoch auch dem vorsätzlichen Verhalten zur Zeit des Vertragsschlusses gegenüber der späteren wirtschaftlichen Entwicklung des Vertragsverhältnisses keine Bedeutung beimessen, so würde das angesichts der Bedeutung des im BGB herrschenden Verschuldens-

---

80) Lorenz in ACP Bd. 156, S. 381 (401 und 403 f); ders., JuS 1966, S. 429 (435 f);

81) Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c ff (S. 286); Reinicke, Rechtsfolgen, S. 54 ff, S. 62 ff;

82) vgl. oben, S. 35 FN 11 der Arbeit.

prinzips eine ungerechtfertigte Überbewertung der objektiven Gesichtspunkte darstellen. Kannte ein Vertragsteil beim Abschluß des Vertrages dessen Formbedürftigkeit und die Ahnungslosigkeit seines Vertragspartners, so ist es ein zwingendes Gebot der Gerechtigkeit, den formfehlerhaften Vertrag entgegen der Vorschrift des § 125 BGB als gültig zu behandeln. Demgemäß kann auch der Auffassung von Lorenz nicht zugestimmt werden, das Schadensersatzrecht führe leicht zu einer Belohnung des Unanständigen und habe daher für die Lösung der Formprobleme ganz auszuscheiden.

Fällt einem Vertragsteil hinsichtlich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages ein Verschulden bei Vertragsschluß zur Last, und wäre der Vertrag auch ohne dieses Verhalten (möglicherweise) nicht formgerecht zustande gekommen, so steht dem geschädigten Vertragspartner aus c.i.c. ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des negativen Interesses jedenfalls insoweit zu, als das negative Interesse das Erfüllungsinteresse nicht übersteigt.

II. Das negative Interesse ist rechnerisch größer als das positive Interesse

Im vorhergehenden ist die Rechtslage hinsichtlich der Sachverhalte erörtert worden, in denen das negative Interesse das Erfüllungsinteresse rechnerisch nicht erreichte oder doch nicht überstieg. Gegenstand der nun folgenden Untersuchung sind die Fälle, in denen das negative Interesse ausnahmsweise rechnerisch größer ist als das Erfüllungsinteresse. Zur Veranschaulichung diene folgender Fall:
A und B haben über das Grundstück des B einen Kaufvertrag zum Preise von 5o.ooo DM geschlossen. Der Kaufvertrag ist formfehlerhaft, da die vereinbarte Verpflichtung des Verkäufers A zur Prolongation der Hypotheken[83] nicht mitbeurkundet worden ist. A hatte dem B in fahrlässiger Weise

---

83) Vgl. RG in WarnRG 19o9, Nr. 537, S. 525.

versichert, derartige Nebenabreden brauchten in die Urkunde nicht aufgenommen zu werden. B erhält nun vom Dritten C dessen gleichwertiges Grundstück zum Preise von nur 45.ooo DM zum Kauf angeboten. Im Vertrauen auf die Versicherung des A und demzufolge in dem Glauben, bereits an den mit A geschlossenen Vertrag gebunden zu sein, lehnt B das Angebot des C ab. Später verweigert A unter Berufung auf den Formfehler die Auflassung.
Bei gleichmäßiger Wertsteigerung beider Grundstücke übersteigt in diesem Fall das negative Interesse des Käufers B sein Interesse an der Erfüllung des Vertrages durch den Verkäufer A um 5.ooo DM. Die Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens des Verkäufers für den gesamten Schaden des Käufers kann ernsthaft nicht bestritten werden[84]. Demgemäß gewährt ein Teil der Lehre[85] unter strikter Aufrechterhaltung des Herstellungsprinzips, § 249 S. 1 BGB, einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses auch dann einschränkungslos, wenn das negative Interesse das Erfüllungsinteresse übersteigt.

Dieser Auffassung ist nur in den Fällen zu folgen, in denen sich die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auf die Verletzung einer sogen. Erhaltungspflicht oder aber darauf stützt, daß das schuldhafte Verhalten des einen Verhandlungspartners zum wirksamen Abschluß eines Vertrages mit einem für den anderen Teil ungünstigeren Inhalt geführt hat. Im Falle der Verletzung von Erhaltungspflichten rechtfertigt sich die

---

84) Anders noch Planck-Siber, Vorbem. I 4 d vor §§ 275-292, S. 195; Staudinger-Kuhlenbeck, (7./8. Aufl.), § 3o7, Anm. 1; dagegen bereits Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, S. 116;

85) Larenz, Schuldrecht I, § 7 III a.E., S. 82 f; Fikentscher, Schuldrecht, § 2o, 4, S. 77; Erman, ACP Bd. 139, S. 273 (331 f); Erman-Westermann, § 122, Anm. 4 a a.E. (vgl. aber auch Erman, § 276, Anm. 8 b, S. 563). Nirk, Festschrift für Möhring, S. 385 (397 f); Hildebrandt, a.a.O., S. 244.

Gewährung des Schadensersatzes im vollen Umfang daraus, daß die Erhaltungspflicht und das Erfüllungsinteresse auf verschiedenen Ebenen liegen[86] und schon wegen ihrer unterschiedlichen Schadensfolgen nicht vergleichbar sind[87]. Soweit das schuldhafte Verhalten darin besteht, daß ein Teil den Verhandlungspartner zum Abschluß eines Vertrages mit einem für diesen ungünstigeren Inhalt veranlaßt hat, würde die Begrenzung des Schadensersatzes auf das Interesse an der Erfüllung des geschlossenen Vertrages praktisch zu einer Verweigerung des Rechtsschutzes führen. Das Erfüllungsinteresse kann daher in diesen Fällen nicht die Grenze des zu ersetzenden negativen Interesses sein.

Dagegen ist das negative Interesse in den Fällen, in denen es wegen des Verschuldens bei Vertragsschluß zu keinem oder doch zu keinem wirksamen Vertragsschluß gekommen ist, nur insoweit zu ersetzen, als es das positive Interesse nicht übersteigt. Der Geschädigte soll auf Grund der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht besser gestellt werden, als er bei Wirksamkeit des geplanten Vertrages gestanden haben würde. Diese Wertung liegt auch der in den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2, 3o7 Abs. 1 und 3o9 BGB getroffenen Regelung zugrunde. Schon das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung im 151. Band[88] diese differenzierende Auffassung vertreten und ausgeführt: "In diesen Fällen /gemeint sind die §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2, 3o7 Abs. 1/3o9 BGB/, in welchen Vertragsverpflichtungen nicht mehr bestehen oder überhaupt nicht wirksam entstanden sind, finden sich allerdings übereinstimmende Vorschriften über die Begrenzung der Schadenshöhe auf das Erfüllungsinteresse und auf Ausschluß der Anwendung des § 254 BGB. Der Grund für die

---

86) Die Verletzung von Erhaltungspflichten ist im Grunde ein Fall deliktischen Verhaltens, das nur mit Rücksicht auf § 831 BGB als vorvertragliches Verschulden behandelt wird;

87) RGZ 151/357 (358/59); Erman, § 276, Anm. 8 b, S. 563;

88) RGZ 151/357 (358/59).

Beschränkung der Schadenshöhe erklärt sich aus der gemeinsamen Besonderheit dieser Fälle. Dem schuldlos auf die Gültigkeit des Vertrags Vertrauenden soll ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zuteil werden, den er wegen dieses Vertrauens durch die Nichterfüllung erleidet. Er soll also höchstens verlangen dürfen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre, selbst wenn die Nachteile, die ihm aus seinem Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstanden sind, damit nicht voll ausgeglichen werden. Denn es wäre ungerechtfertigt, ihm das Wagnis abzunehmen, das er mit Eingehung des Vertrages übernommen hat, und ihm Ersatz auch für solche Verluste zuzusprechen, die in den aus der Vertragserfüllung fließenden Gewinnen zwar ihren Ausgleich hätten finden sollen, aber in Wirklichkeit, weil er in seinen Berechnungen fehlgegangen ist, nicht gefunden haben würden. Er soll also Schaden, der ihn auch bei Gültigkeit des Vertrags getroffen hätte, selbst tragen müssen."

Die h.M.[89] ist dem Reichsgericht in dieser Entscheidung zu Recht gefolgt und hat zum Teil sogar darüber hinausgehend eine Begrenzung des zu ersetzenden negativen Interesses auf die Höhe des Erfüllungsinteresses schlechthin befürwortet[90]. Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs[91] hat sich der differenzierenden Ansicht angeschlossen. Der III.[92] und der V.[93]

---

89) Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o; Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 c; Erman, § 276, Anm. 8 b, S. 563; RGR-BGB, Nastelski, § 276, Anm. 11o; RGR-HGB, v. Godin, § 347 HGB, Anm. 3; Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (11o f); Esser, Schuldrecht I, § 52 IV 2, S. 379; Pieper, JuS 1962, S. 4o9 (417); so auch schon früher: Titze, HandwbRW VI, S. 516 (521); Steinberg, a.a.O., S. 117 f und S. 119 FN 461 a.E.;

90) Staudinger-Kaduk, § 3o7, Rdnr. 11 a; Weitnauer in NJW 197o, S. 637; Kreß, Allg. Schuldrecht, S. 286 FN 29;

91) VersR 1962, S. 562 f;

92) BGH in NJW 1968, S. 547 (548);

93) BGH in WM 1955, S. 728 (729); in WM 1965, S. 1115 (1117).

Zivilsenat haben allerdings in verschiedenen Entscheidungen, ohne daß es dabei auf diese Frage angekommen wäre, ausgeführt, in besonderen Fällen könne der Umfang des negativen Interesses auch den Umfang des Nichterfüllungsschadens erreichen oder gar überschreiten. Damit hat der Bundesgerichtshof zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß dieser Schaden dann auch zu ersetzen sei. Eine solche Folgerung liegt bei dieser Formulierung aber doch sehr nahe. Gleichwohl dürfte es nicht angehen, dem Bundesgerichtshof die Auffassung zu unterstellen[94], das negative Interesse sei immer im ganzen Umfange zu ersetzen. Denn zur Stützung seiner - nebenher geäußerten - Ansicht verweist der Bundesgerichtshof[95] in erster Linie auf die Entscheidung des Reichsgerichts im 151. Band[96], sowie auf andere Stellen, in denen (entweder zu diesem Problem überhaupt nicht Stellung bezogen[97] oder aber) gerade die gegenteilige differenzierende Auffassung vertreten wird[98].

Dieser differenzierenden Auffassung zur Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ist Larenz[99] entgegengetreten. Er

---

94) Das aber tut Nirk, Festschrift für Möhring, S. 385 (397 f);

95) BGH in WM 1955, S. 728 (729); in NJW 1968, S. 547 (548);

96) RGZ 151/357 (358/59);

97) so die in BGH in WM 1955, S. 728 (729) Zitierten: BGHZ 6/33o (335); BGH in LM § 276 Fa Nr. 3 = MDR 1954, S. 346 ff; RGZ 1o3/154 (158/59); 1o4/265 (267) = JW 1922, S. 1313 f;

98) so z.B. die in BGH in WM 1955, S. 728 (729) Zitierten: RGZ 159/33 (56/57); RGR-BGB, Oegg (1o. Aufl.), § 276, Anm. 3; Palandt (14. Aufl.), § 276, Anm. 6 c und Erman (1. Aufl.), 276, Anm. 8 b. Ebenso verfährt ein Teil der Literatur, wenn er sich von der Formulierung her für eine uneingeschränkte Geltung des § 249 BGB ausspricht, seine Auffassung aber mit Zitaten belegt, in denen gerade die differenzierende Auffassung vertreten wird, so z.B. Staudinger-Weber, § 242, A 788; Enneccerus-Lehmann, § 43 III, S. 192; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 (171);

99) Schuldrecht I, § 7 III, S. 82 f; ähnlich schon Hildebrandt, a.a.O., S. 244.

meint, die Begrenzung der Haftung sei zwar für § 122 Abs. 1 BGB angebracht, da es sich dabei um eine unbedingte Einstandspflicht und nicht um einen Fall der c.i.c. handele. Für § 3o7 BGB/3o9 BGB sei die Begrenzung jedoch unbefriedigend. Dem Gesetzgeber sei der Unterschied dieser beiden Haftungsgründe nicht bewußt gewesen. Er habe daher die Haftungsfolgen des § 122 BGB und des § 3o7 BGB in gleicher Weise ausgestaltet, ohne zu bedenken, ob nicht die Haftung gem. § 3o7 BGB, weil sie eine Haftung für schuldhafte Pflichtverletzung darstellt, einen weiteren Umfang haben müsse als die Anscheinshaftung des § 122 BGB.

Larenz geht von einer unzutreffenden Prämisse aus. Wie die in den Materialien[1oo)] wiedergegebenen Erörterungen zeigen, war sich der Gesetzgeber dessen bewußt, daß die Haftung des § 3o7 BGB ein schuldhaftes Verhalten erfordert, die Haftung aus § 122 BGB dagegen nicht. Die Begrenzung des zu ersetzenden negativen Interesses auf die rechnerische Höhe des Erfüllungsinteresses beruht daher nicht, wie Larenz meint, auf einer Verkennung der Unterschiede der Haftungsgrundlagen von § 122 BGB und § 3o7 BGB, sondern auf einer gerade für die Fälle schuldhaften Verhaltens vorgenommenen Interessenbewertung. Das wird insbesondere daraus deutlich, daß schon der Vorläufer des § 122 Abs. 1 BGB, der § 97 Abs. 3 des Entwurfs[1o1)] die Beschränkung des zu ersetzenden negativen Interesses vorsah, obwohl diese Vorschrift noch das in § 122 BGB aufgegebe-

---

1oo) Vgl. Protokolle I, S. 453, sowie Motive II, S. 178/79, wo die Frage dieser Haftungsbeschränkung im Anschluß an die Frage geprüft wurde, ob bei § 3o7 BGB entsprechend der in § 122 BGB getroffenen Regelung auf das Erfordernis schuldhaften Verhaltens verzichtet werden könne;

1o1) § 97 Abs. 3 des Entwurfs zum BGB lautete: "Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadensersatz, jedoch in keinem Falle über den Betrag hinaus, welchen er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte." Vgl. hierzu Motive I, 195 f.

ne Erfordernis schuldhaften Verhaltens enthielt. Diese vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenbewertung erscheint auch nicht revisionsbedürftig. Die Begrenzung des zu ersetzenden negativen Interesses findet auch bei schuldhaftem Verhalten seinen Grund in einer angemessenen Risikoverteilung[1o2]. Es wäre, wie das Reichsgericht[1o3] ausführte, ungerechtfertigt, dem auf die Gültigkeit des Vertrages Vertrauenden das Wagnis abzunehmen, das er mit Eingehung des Vertrages übernommen hat.

Fikentscher[1o4] hat dagegen vorgebracht, da der Vertrag im Zeitpunkt der Schädigung noch nicht geschlossen war, habe der Geschädigte seinen billigerweise liquidierbaren Risikoumfang noch nicht durch ein positives Vertragsinteresse begrenzt. Ob dieses Argument in den hier zur Erörterung stehenden Fällen überhaupt durchgreift, ist zweifelhaft. Denn der Eintritt des Schadens (Ablehnung des Drittangebots) erfolgt hier stets nach Abschluß des - wenn auch formnichtigen - Vertrages. Der Schaden tritt hier somit erst nach Begrenzung des Risikoumfanges ein. Fikentschers Erwägung ist aber schon deshalb abzulehnen, weil der Geschädigte einen bestimmten Vertrag abschließen wollte oder formlos abgeschlossen hat. Mit dessen Inhalt war er einverstanden. Er hat deshalb den Abschluß eines anderen, günstigeren Rechtsgeschäfts unterlassen. Folglich ist es nur konsequent, ihn den Nachteil tragen zu lassen, der ihm auch bei Gültigkeit des Vertrages entstanden wäre[1o3]. Es ist nicht gerechtfertigt, ihn im Wege des Schadensersatzanspruchs besser zu stellen, als er bei Wirksamkeit des geplanten Vertrages stünde. Ein solcher Schadensersatzanspruch ließe sich vor

---

1o2) Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (111); Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o;

1o3) RGZ 151/357 (358/59);

1o4) Schuldrecht, § 2o, 4, S. 77; ähnlich Erman in ACP Bd. 139, S. 273 (331 f).

allem nicht mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes rechtfertigen[105], der der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß zugrundeliegt. Demgemäß ist auch in den hier zu erörternden Fällen formnichtiger Verträge das negative Interesse auf die rechnerische Höhe des Erfüllungsinteresses zu begrenzen.

Zur Klarstellung sei jedoch darauf hingewiesen, daß sich das Erfüllungsinteresse nicht notwendigerweise in dem jetzigen objektiven[106] Wert der vereinbarten Leistung abzüglich der Gegenleistung erschöpft. Man denke etwa an den Fall, daß der Unternehmer A eine neue Fabrik errichten will. Sein eigenes Grundstück ist dafür aus Gründen der Rentabilität zu klein oder zu ungünstig geschnitten. Das Projekt ließe sich aber verwirklichen, wenn er die angrenzende Splitterparzelle des B oder die des C hinzubekäme. B ist zum Preise von 3.000 DM, C zum Preis von 2.800 DM verkaufsbereit. Aus persönlichen Gründen schließt A mit B, der ihm fahrlässig zugesichert hat, eine derart kleine Parzelle könne auch durch schriftlichen Vertrag verkauft werden, den Kaufvertrag privatschriftlich ab. C veräußert daraufhin anderweitig. B weigert sich nun zu übereignen. Er hätte, das soll feststehen, den Vertrag nicht formgerecht abgeschlossen.

Das von B zu ersetzende negative Interesse ist hier sicher nicht auf die inzwischen eingetretene Wertsteigerung des Grundstücks beschränkt. Denn das Interesse des A an der Erfüllung des Vertrages mit B geht hier weit über die bloße Ausnutzung der Wertsteigerung hinaus. A kann nämlich sein umfangreiches Objekt ohne die Splitterparzelle nicht verwirklichen. Er hätte es jedoch sowohl mit dem Grundstück des B als auch mit dem des C gekonnt. Der durch die nun erforder-

---

105) BGH in VersR 1962, S. 562 f; Weitnauer in NJW 1970, S. 637; Kreß, Allg. Schuldrecht, S. 286, FN. 29;

106) bei dem jetzigen Wert ist die inzwischen eingetretene Wertsteigerung mit zu berücksichtigen, vgl. Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 109 (110).

lich gewordene Neuplanung, den Erwerb eines anderen größeren Grundstücks etc. eingetretene Schaden wäre ihm bei Gültigkeit des Vertrages nicht entstanden. Es ist daher auch kein Grund ersichtlich, ihm einen Anspruch auf Ersatz des gesamten negativen Interesses zu verweigern, auch wenn dieses negative Interesse im Einzelfall Kaufpreis und Wertsteigerung erheblich übertrifft; denn auch das Erfüllungsinteresse ist hier weit höher.

Es ist daher festzuhalten, daß in Fällen eines Verschuldens bezüglich der Formbedürftigkeit eines Vertrages das negative Interesse nur insoweit zu ersetzen ist, als es rechnerisch das Erfüllungsinteresse nicht übersteigt. Das Erfüllungsinteresse und damit auch das zu ersetzende negative Interesse können jedoch in bestimmten Fällen erheblich über der Differenz des Wertes der eigenen Leistung und des jetzigen objektiven Wertes der Gegenleistung (d.h. einschließlich eventuell erfolgter Wertsteigerung) liegen.

III. Mitverschulden des Geschädigten

Besondere Schwierigkeiten bieten die Fälle, in denen auch den Geschädigten der Vorwurf fahrlässigen[107] Verhaltens gegen sich selbst bezüglich der Formnichtigkeit des Vertrages trifft, da er es unterlassen hat, sich selbst nach der einzuhaltenden Form zu erkundigen. Hier stellt sich die Frage, ob eine Schadensteilung nach § 254 BGB zu erfolgen hat, oder ob in entsprechender Anwendung der in den §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 und 307 Abs. 1 S. 2 BGB getroffenen Regelung ein Schadensersatzanspruch vollständig ausscheidet.

---

[107] Zur Rechtslage, wenn der Geschädigte die Formbedürftigkeit kannte, siehe § 11 der Arbeit. Zur Abwägung von Vorsatz gegen Fahrlässigkeit vgl. BGH in MDR 1969, S. 651.

Das Reichsgericht hat in seiner bereits angeführten Entscheidung im 151. Band[1o8)] zu dieser Frage ausgeführt: "Die erörterten Abweichungen bei den verschiedenen Tatbeständen, in denen sich Verschulden bei Vertragsschluß auswirken kann, verbieten in gleichem Maße /d.h. ebenso wie die allgemeine Begrenzung des negativen Interesses auf das Erfüllungsinteresse/ die allgemeine Ausschaltung des § 254 BGB. Das Reichsgericht hat... auch schon eine nur beschränkte Anwendbarkeit des § 254 BGB in einem Fall angenommen (RGZ 1o4/268), in welchem es sich um Schaden der Nichterfüllung wegen des Nichtzustandekommens eines Vertrages handelt". Das legt den Schluß nahe, daß das Reichsgericht in den Fällen, in denen Vertragsverpflichtungen nicht mehr bestehen oder überhaupt nicht wirksam entstanden sind, - und damit auch für die Fälle der Formnichtigkeit - den Grundsatz des § 254 BGB ausschalten oder doch nur in beschränktem Maße anwenden wollte[1o9)]. Diese Auffassung vertritt auch Lorenz[11o)]. Er meint, da sich selbst bei gleichem Verschulden beider Teile die gegenseitigen Ersatzansprüche regelmäßig nicht gegeneinander aufheben, sei es evident ungerecht, hier Schadensersatz zuzusprechen. Die h.M. nimmt dagegen sowohl bei der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß allgemein[111)] als auch bei den Fällen des Verschuldens bezüglich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages eine Schadensteilung nach

---

1o8) RGZ 151/357 (361);

1o9) ebenso schon Melliger, Culpa in contrahendo, S. 195 f;

11o) in JuS 1966, S. 429 (435 - Kleindruck); ders. in ACP Bd. 156, S. 381 (4o1); vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 29 II 1, S. 132: "Wer... die Unmöglichkeit kannte oder schuldhaft nicht kannte, muß dem Vertragsgegner den Vertrauensschaden... ersetzen (§ 3o7 BGB); denn in seinem Verschweigen liegt ein Verschulden bei Vertragsschluß,... Dementsprechend (!) fällt die Haftung weg, wenn der Vertragspartner die Unmöglichkeit gleichfalls kannte oder kennen mußte (§ 3o7 Abs. 1 S. 2)";

111) Staudinger-Weber, § 242, A 424 und A 782 m.w.N.

§ 254 BGB vor[112].

M.E. gehört ein Teil der Umstände, die auf den ersten Blick die Frage des Mitverschuldens zu berühren scheinen, bereits zu dem vorgelagerten Problem des haftungsbegründenden Tatbestands. Wie in § 1 dieser Arbeit näher ausgeführt, ist eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Formbedürftigkeit dann nicht anzuerkennen, wenn der Betreffende davon ausging und nach den ihm erkennbaren Umständen auch davon ausgehen durfte, die rechtlichen Erfordernisse des abzuschließenden Vertrages seien auch dem anderen Teil bekannt. Ob er davon ausgehen durfte, richtet sich u.a. nach der Persönlichkeit seines Verhandlungspartners. Gerade die Persönlichkeit des Verhandlungspartners ist aber auch Anknüpfungspunkt für den das Mitverschulden begründenden Vorwurf, der Geschädigte hätte sich auch selbst nach den rechtlichen Erfordernissen erkundigen müssen. Gleichwohl schließt das Mitverschulden des Geschädigten das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung des anderen Teils nur dort aus, wo der Inanspruchgenommene entweder auf Grund des Verhaltens seines Partners oder auf Grund dessen umfassender juristischer Bildung davon ausgehen durfte, er sei tatsächlich über die rechtlichen Erfordernisse dieses Rechtsgeschäfts informiert. Dieser Schluß ist aber, wie gezeigt, nur in engen Grenzen gerechtfertigt. Soweit die vorvertragliche Pflichtverletzung nicht ausgeschlossen ist, können die obengenannten Umstände, insbesondere die Persönlichkeit des Geschädigten im Rahmen des Mitverschuldens zu berücksichtigen sein.

Die Frage ist nun, ob auch bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht das Mitverschulden des Geschädigten zum völligen Ausschluß des Anspruchs entsprechend §§ 122

---

[112] BGH in WM 1965, S. 315 (316); in WM 1966, S. 89 (91); in Der Betrieb 1967, S. 1o85; RG in JW 1932, S. 2152 f mit zustimmender Anm. von Hamburger, ebenda; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 2o; Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 c; Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (111); Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 33 III 2 d, S. 198; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 31 VII 4 b, S. 226; Gernhuber, a.a.O., S. 166; Henrich in ACP Bd. 162, S. 88 (1oo);

Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1 und 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB führt, oder ob eine Schadensteilung nach § 254 BGB vorzunehmen ist. Für die Entscheidung dieser Frage kommt es darauf an, auf welchen Gründen der Ausschluß der Haftung in dem rechtsähnlich liegenden Fall des § 3o7 BGB beruht und ob diese oder sonstige Erwägungen eine analoge Anwendung dieser Vorschrift rechtfertigen. Die Gesetzesmaterialien zu § 3o7 BGB lassen einen Grund für die Regelung des § 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erkennen. Zwar findet sich in den Protokollen[113)] die Erwägung, daß beide Teile in der Lage seien, über die Existenz des Leistungsgegenstandes Ermittlungen anzustellen. Täuschten sich beide, so sei es unbillig, den Versprechenden für den unglücklichen Zufall der Unmöglichkeit der Leistung einstehen zu lassen. Diese Erwägungen betreffen aber, wie der Zusammenhang zeigt, ausschließlich die Frage, ob der Versprechende bei ursprünglicher Unmöglichkeit entsprechend der Regelung in § 122 BGB auch dann auf Ersatz des negativen Interesses haften soll, wenn er die Unmöglichkeit weder kannte noch kennen mußte. Für den Fall beiderseitiger schuldhafter Unkenntnis ergibt sich daraus, jedenfalls direkt, nichts.

Das Reichsgericht[114)] hat angenommen, der gesetzgeberische Grund für die Regelung des § 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB liege möglicherweise darin, daß die schuldhafte Unkenntnis der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts in der Regel nicht die stärkste unter den Bedingungen sei, die den aus dem Vertragsschluß entstehenden Schaden verursachen. Bedingungen geringerer ursächlicher Bedeutung nach der Richtung ihres Einflusses auf den eingetretenen Schaden gegeneinander abzuwägen, könne aber im Einzelfall erhöhte Schwierigkeiten bieten, die den Gesetzgeber veranlaßt haben mögen, im Rahmen des § 3o7, § 3o9 BGB auf diese Abwägung zu verzichten. M.E. ist dieses Argument schon für § 3o7 BGB selbst nicht überzeugend. Für eine

---

113) Protokolle I, S. 453;
114) RGZ 1o5/41o (412).

analoge Anwendung des § 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB auf andere Nichtigkeitsfälle reicht es keinesfalls aus.
Der oben wiedergegebenen Stelle in den Protokollen[115] könnte jedoch die Auffassung des Gesetzgebers zu entnehmen sein, daß er die Haftung des Versprechenden nicht nur in dem Fall für unbillig hält, in dem sich beide Teile schuldlos über die Existenz des Leistungsgegenstandes (über die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts) täuschen, sondern auch in dem Fall, daß beiden Teilen gleichermaßen Fahrlässigkeit zur Last fällt. Eine solche Billigkeitserwägung findet sich auch in den Materialien zu § 122 Abs. 2 BGB. In den Motiven[116] heißt es dazu, bei dem Mangel jeder Täuschungsabsicht[117] auf seiten des Erklärenden könne das einfache Nichterkennen der wahren Bedeutung der Erklärung durch den Erklärungsempfänger nicht genügen; die dem Erklärenden nachteiligen Folgen dürften nur eintreten, wenn auch den Erklärungsempfänger der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht treffe, mithin nur dann, wenn dieser bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Erklärung für eine wirkliche Willenskundgebung halten mußte.

Bei § 122 BGB ist diese Abwägung in der Tat zutreffend. Hier wäre eine bloße Schadensteilung nach § 254 BGB auch bei fahrlässigem Verhalten des Erklärungsempfängers unbillig[118], da die Ersatzpflicht des Erklärenden bei § 122 BGB auch ohne Verschulden eintritt. Im Falle des § 3o7 BGB würde eine Schadensteilung nach § 254 BGB jedoch keine derartige Unbilligkeit zu Lasten des Ersatzpflichtigen bedeuten, da der Ersatzpflichtige hier schuldhaft gehandelt hat. Aus diesem Grunde hätte sich für den Fall des § 3o7 BGB angeboten, es bei dem in § 254 BGB geregelten Grundsatz der Schadensteilung zu

---

115) Protokolle I, S. 453;

116) Motive I, S. 194;

117) andernfalls liegt der Tatbestand des § 122 BGB nicht vor, der den § 123 BGB nicht nennt;

118) im Ergebnis ebenso Staudinger-Coing, § 122, Rdnr. 6.

belassen. Der Gesetzgeber hat sich, wenn auch möglicherweise ohne hinreichende Berücksichtigung des Unterschieds zwischen § 122 und 3o7 BGB, anders entschieden und den vollständigen Ausschluß der Schadensersatzpflicht im Fall des Mitverschuldens des Berechtigten verfügt. Die Frage der Behandlung des Mitverschuldens ist damit für den Fall der Nichtigkeit wegen ursprünglicher Unmöglichkeit geklärt[119]. M.E. besteht jedoch kein Anlaß, diese hinsichtlich der ursprünglichen Unmöglichkeit getroffene Regelung über ihren unmittelbaren Geltungsbereich hinaus auszudehnen. Das folgt schon daraus, daß die Regelung des § 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB gegenüber dem Grundsatz des § 254 BGB eine Ausnahmevorschrift darstellt, Ausnahmevorschriften aber in der Regel restriktiv auszulegen sind[12o]. Im Falle des § 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB gilt das umsomehr, als diese Regelung Ausfluß des Alles-oder-Nichts-Prinzips ist, das nach heutiger Rechtsauffassung als zu starr empfunden wird[121]. Die Regelung des § 3o7 Abs. 1 S. 2 BGB kann daher auf den Fall der Formnichtigkeit nicht ausgedehnt werden. Es trifft zwar zu, daß regelmäßig beide Teile in der Lage sind, über die Formbedürftigkeit Ermittlungen anzustellen. Diese Erwägung findet aber darin hinreichend Berücksichtigung, daß Erkundigungs- und Aufklärungspflichten des Verhandlungspartners, dem die Formbedürftigkeit nicht bekannt gewesen ist, nur unter engen Voraussetzungen anzuerkennen sind[122]. Einen vollständigen Ausschluß der Haftung bei vollem haftungsbegründenden Tatbestand vermag sie nicht zu rechtfertigen.

---

119) Staudinger-Kaduk, § 3o7, Rdnr. 6 m.w.N.; a.A. Larenz, Schuldrecht I, § 7 III Fußnote 1 (S. 83), der eine das Gesetz korrigierende richterliche Rechtsfortbildung befürwortet;

12o) vgl. BAG in NJW 1969, S. 74 Leitsatz b;

121) Esser, Schuldrecht I, § 52, IV 2, S. 379; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 33 III 2 d, S. 198 m.w.N.;

122) vgl. oben, S. 12 ff der Arbeit.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts im 151. Band[123]. Die dort erörterten Abweichungen in den verschiedenen Tatbeständen, in denen sich ein Verschulden bei Vertragsschluß auswirken kann, verbieten lediglich die allgemeine Begrenzung der Schadensersatzansprüche aus c.i.c. auf die Höhe des Erfüllungsinteresses. Bezüglich des Ausschlusses des § 254 BGB geben die Erörterungen nichts her. Das gilt auch für den an dieser Stelle zitierten Weinsteinsäurefall[124]. Das Reichsgericht erwähnte dort, der Anspruch der Klägerin würde wegfallen (ähnlich wie in den Fällen der §§ 122, 179, 3o7, 3o9 BGB), wenn sie infolge eines eigenen Versehens die gegnerische Erklärung falsch aufgefaßt hätte. Trotz dieser Anführung der §§ 122, 179, 3o7 und 3o9 BGB rechtfertigt sich die Versagung eines Schadensersatzanspruchs bei schuldhaft falschem Verstehen einer Willenserklärung nicht aus dem Rechtsgedanken dieser Vorschriften, sondern aus dem allgemein anerkannten Auslegungsgrundsatz, dem zufolge eine Willenserklärung stets so auszulegen ist, wie der Empfänger sie bei verständiger Würdigung verstehen durfte. Durfte er die Erklärung aber nicht in dem von ihm angenommenen Sinn verstehen, so scheidet eine Haftung des anderen Teils schon aus diesem Grunde aus. Ein der Anfechtung ähnlicher Sachverhalt liegt dann nicht vor. Auch die Ausführungen des Reichsgerichts im Weinsteinsäurefall sind somit nicht geeignet, eine analoge Anwendung der in den §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1, 3o7 Abs. 1 S. 2 und 3o9 BGB getroffenen Regelung auf andere Nichtigkeitsfälle zu rechtfertigen. Es ist daher der h.M. zu folgen, die auch in den Fällen der Formnichtigkeit bei Mitverschulden des Geschädigten eine Schadensteilung nach § 254 BGB vornimmt.

---

123) Vgl. oben S. 79 der Arbeit;
124) RGZ 1o4/265 ff = JW 1922, S. 1313 ff.

IV. Zusammenfassung

Für die Haftung aus c.i.c. ist anerkannt, daß die Schadensersatzpflicht (nur) auf Ersatz des negativen Interesses geht, wenn der Vertrag auch ohne das pflichtwidrig - schuldhafte Verhalten nicht oder nicht wirksam geschlossen worden wäre. Diese Haftung tritt auch dann ein, wenn sich das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten auf die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages bezieht. Die Haftung widerspricht nicht der Regelung des § 125 S. 1 BGB. Sie wird auch nicht durch den Sinn und Zweck der einzelnen Formvorschrift (§ 313 BGB) ausgeschlossen. Es tritt hier zwar eine Kollision zwischen der Schadensersatzpflicht und dem von der Formvorschrift verfolgten Zweck des Übereilungsschutzes auf. Doch ist die Haftung auf das negative Interesse sachgemäß. Andernfalls würden die vorvertraglichen Pflichten, zumal diese nur unter engen Voraussetzungen anzuerkennen sind, weitgehend entwertet.

Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß führt andererseits auch dann nicht zu einer Belohnung des Unanständigen, wie Lorenz meint, wenn das negative Interesse wesentlich geringer ist als das Erfüllungsinteresse. Zwar würde bei einer strikten Zugrundelegung des § 249 S. 1 BGB möglicherweise der Arglistige weniger leisten müssen als der bloß fahrlässig Handelnde. Abhilfe könnte dann auch nicht durch eine analoge Anwendung des § 116 BGB oder des § 252 BGB geschaffen werden. Der Vertrag ist jedoch bei arglistigem wie auch bei vorsätzlichem Verhalten eines Teils stets nach § 242 BGB als gültig zu behandeln. Daß die schadensersatzrechtliche Lösung in diesen Fällen nicht allein zu einer befriedigenden Lösung führt, spricht nicht gegen ihre grundsätzliche Brauchbarkeit.

In Ausnahmefällen kann das negative Interesse rechnerisch das positive Interesse übersteigen. In diesen Fällen ist zwar nicht generell für die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, wohl aber für die Fälle des schuldhaften Verhaltens bezüglich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages eine Begrenzung der Schadensersatzpflicht ent-

sprechend der in den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2, 3o7 Abs. 1 und 3o9 BGB getroffenen Regelung auf die Höhe des Erfüllungsinteresses vorzunehmen.

Trifft den Geschädigten ein Mitverschulden, so ist sein Schadensersatzanspruch nicht entsprechend der Regelung in den §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1, 3o7 Abs. 1 S. 2 und 3o9 BGB vollständig ausgeschlossen. Die Gründe, die zur Schaffung dieser Vorschriften geführt haben, tragen weder eine Ausschaltung der generellen Norm des § 254 BGB für die c.i.c.-Haftung allgemein noch für die Fälle des vorvertraglichen Verschuldens bezüglich der Formbedürftigkeit. Es ist vielmehr eine Schadensteilung nach § 254 BGB vorzunehmen. Zu beachten ist jedoch, daß ein Teil der Erwägungen, die auf den ersten Blick zu § 254 BGB zu gehören scheinen, bereits die vorgelagerte Frage des Vorliegens einer schuldhaften Pflichtverletzung betrifft.

§ 4 Art der Haftung, wenn ohne das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten ein formgültiger Vertrag zustandegekommen wäre

In § 3 der Arbeit ist die Rechtslage für die Fälle untersucht worden, in denen es auch ohne das schuldhafte Verhalten eines Teils (möglicherweise) nicht zu einem formgültigen Vertragsschluß gekommen wäre. Gegenstand der nun folgenden Untersuchung ist die Rechtslage in den Fällen, in denen ohne die Pflichtverletzung zwischen den Parteien ein formgültiger Vertrag abgeschlossen worden wäre[1].

Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat nach § 249 S. 1 BGB den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Da in den hier zu untersuchenden Fällen ohne die schuldhafte Pflichtverletzung ein formgültiger Vertrag zustandegekommen wäre, könnte der Geschädigte dem Wortlaut des § 249 S. 1 BGB nach verlangen, so gestellt zu werden, als sei das Rechtsgeschäft formwirksam abgeschlossen worden, d.h. er könnte Ersatz des sogen. Erfüllungsinteresses verlangen[2]. Demzufolge gewährt die h.M. sowohl für die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß allgemein[3], als auch für die Haftung wegen schuldhaften Verhaltens bezüglich der

---

[1] Zur Frage, wann das der Fall ist, siehe S. 1o3 ff der Arbeit;

[2] vgl. Enneccerus-Lehmann, § 14 VI, S. 62;

[3] Enneccerus-Lehmann, § 43 III, S. 192.

Formbedürftigkeit[4] des abzuschließenden Vertrages in diesen Fällen einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Der Übersichtlichkeit wegen soll zunächst der Streit um die Frage der Naturalrestitution ausgeklammert und davon ausgegangen werden, daß Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld verlangt wird.

1. Schadensbegriff der §§ 249, 252 BGB

Gegen einen Anspruch auf Ersatz dieses Erfüllungsinteresses hat Siber[5] vorgebracht, ein solcher Anspruch lasse sich "jedenfalls nicht auf Ursächlichkeit des Verschuldens für diesen gar nicht erwachsenen Schaden stützen". Es fragt sich, ob die Zweifel Siber's am Vorliegen eines Schadens berechtigt sind. Nun ergibt sich in bestimmten Fällen das Fehlen eines Schadens schon unmittelbar aus den Prinzipien des § 249 BGB. Es ist dabei einmal an die Sachverhalte zu denken, in denen dem Berechtigten auch ohne das pflichtwidrige Verhalten seines Partners bezüglich der Formbedürftigkeit

---

4) BGH in WM 1965, S. 315 ff = NJW 1965, S. 812 ff, bestätigt in WM 1965, S. 674 ff; BGH in WM 1966, S. 89 (91); Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (111/12); ders., Rechtsfolgen, S. 126 ff; Staudinger-Weber, § 242, A 788; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 357; Soergel-Reimer-Schmidt, § 275, Vorbem. 18/11; Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 c; Enneccerus-Nipperdey, § 154, S. 957 f zu FN 18; Nipperdey in JZ 1952, S. 577 (581); Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 (165); Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 33 III 2 a, S. 197; Henrich in ACP Bd. 162, S. 88 (1oo); Esser, Schuldrecht I, § 52 IV 2 zu FN 21, S. 379; Beitzke, MDR 1953, S. 1 (3); Hildebrandt, a.a.O., S. 242 f; unklar Nirk, Festschrift für Möhring, S. 385 (397). Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, S. 43 FN 3, und Pieper, JuS 1962, S. 4o9 (417) im Ergebnis ebenso, allerdings mit dem unzutreffenden Argument "Abschlußpflicht". Dagegen bereits Reinicke a.a.O. mit weiteren Nachweisen. Auch Esser, a.a.O., hat nunmehr diese Begründung fallen gelassen, vgl. noch Schuldrecht (2. Aufl.) § 1o, 2, S. 32/33;

5) bei Planck, Vorbem. I 4 d vor §§ 275-292, S. 195; derselbe, Schuldrecht, § 27 d II 2, S. 1o5; zustimmend Erman in ACP Bd. 139, S. 273 (331), vgl. jetzt aber Erman, § 276, Anm. 8 b, S. 563.

ein Anspruch nicht zustünde. So etwa, wenn dem Rechtsgeschäft gleichzeitig ein weiterer Nichtigkeitsgrund (Doppelmangel) anhaftet, wie ursprüngliche Unmöglichkeit oder Sittenwidrigkeit, oder wenn der Ersatzverpflichtete vom Vertrag zurücktreten oder ihn anfechten könnte[6] und sein Wille, auf keinen Fall am Vertrag festgehalten zu werden, klar erkennbar ist. Hier kann sich ein Schadensersatzanspruch, soweit gleichzeitig die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen, nur im Rahmen des § 3o7 oder des § 122 BGB ergeben[7].
Zu den Fällen, in denen ein Schaden schon auf Grund des § 249 BGB ausgeschlossen ist, gehören weiter die oben genannten Sachverhalte, bei denen dem Berechtigten, trotz der Formnichtigkeit des Vertrages, ein Anspruch auf Erbringung der vereinbarten Leistung oder auf formgültigen Neuabschluß des Vertrages aus einem anderen Rechtsgrund zusteht[8].

Abgesehen von diesen Sonderfällen bleibt aber die prinzipielle Frage zu klären, ob der in Fällen dieser Art geltend gemachte Nachteil überhaupt ein Schaden im Sinne der §§ 249, 252 BGB ist. Denn der Gewinn, den der Schadensersatzberechtigte hier bei pflichtgemäßem Verhalten des anderen Teils erzielt hätte, beruht einzig auf der hypothetischen Bereitschaft des Schadensersatzpflichtigen zum formgerechten Abschluß des Vertrages. Auf den Abschluß des Vertrages[9] und den daraus fließenden Gewinn hatte der Geschädigte aber zunächst keinen

---

6) BGH in WM 1965, S. 315 (317); BGH in WM 1965, S. 674 (675);

7) Staudinger-Coing, § 122, Rdnr. 3; Staudinger-Kaduk, § 3o7, Rdnr. 2, lehnen bei Formnichtigkeit Schadensersatzansprüche aus § 122 bzw. 3o7 BGB ausnahmslos ab, berücksichtigen dabei aber nicht den Fall, daß gleichzeitig hinsichtlich der Formbedürftigkeit die Voraussetzungen der Haftung aus c.i.c. gegeben sind;

8) siehe oben, S. 1 f der Arbeit;

9) auch auf das pflichtgemäße Verhalten besteht kein selbständiger, einklagbarer Anspruch. Nirk, JZ 1952, S. 593; Erman § 276, Anm. 8 b, S. 563.

Rechtsanspruch[1o]. Es ist zwar unbestritten, daß § 249 BGB nicht nur die Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern u.U. die Herstellung eines Zustandes anordnet, der vor dem schädigenden Ereignis nicht bestanden hat, der aber beim Nichteintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes bestanden haben würde[11]. Auch genügt es für die Feststellung eines entgangenen Gewinns i.S. des § 252 BGB, daß der Schädiger eine bloß tatsächliche Erwerbsaussicht des Geschädigten vereitelt hat[12]. Das Problem ist jedoch, ob die Vereitelung einer bloß tatsächlichen Erwerbsaussicht auch dann ausreicht, wenn dieser Gewinn nicht nur durch Eingriff des Schädigers in die Beziehungen des Geschädigten zu einem Dritten[13], sondern durch Eingriff in sein eigenes Verhältnis zu dem Geschädigten vereitelt wird. Denn die Gewährung dieses Gewinns stand durchaus im Belieben des nun in Anspruch genommenen Teils.

Josef[14] hat aus diesen Erwägungen die Meinung vertreten, nach § 249 BGB sei der Zustand herzustellen, der ohne das störende Eingreifen des Schädigers vorliegen würde, "vorausgesetzt, daß der Ersatzberechtigte schon vor der Schädigung auf diesen Zustand einen Rechtsanspruch hatte". Dagegen könne die Herstellung eines Zustandes, der bei Vornahme einer anderen Handlung bestünde, auf die kein Rechtsanspruch bestand, nicht verlangt werden. Im Falle der Formnichtigkeit kommt Josef daher schon auf Grund der Regelung des § 249 BGB zur Ablehnung eines Anspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses.

1o) BGH in WM 1960, S. 1384 (1385); BAG in JZ 1964, S. 324 (325); Reinicke, in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (111 f m.w.N.); Medicus, Bürgerliches Recht, § 8 III 3 b, S. 65; so jetzt im Gegensatz zur Vorauflage auch Esser, Schuldrecht I, § 52 IV 2, S. 379; vgl. dazu S. 84 FN 4 a.E. der Arbeit;

11) Palandt-Heinrichs, § 249, Anm. 1 a;

12) Staudinger-Werner, § 249, Vorbem. 9 m.w.N.;

13) nur diesen Fall betreffen die bei Staudinger-Werner, a.a.O., zitierten Urteile;

14) in ArchbürgR Bd. 36, S. 6o (64/65).

Die Erwägung, der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses beruhe in diesen Fällen im wesentlichen auf der Bereitschaft des Inanspruchgenommenen zum formgerechten Abschluß, auf den der Geschädigte keinen Anspruch gehabt habe, betrifft m.E. nicht die Frage, o b ein Schaden i.S. der §§ 249, 252 BGB vorliegt, sondern das davon zu trennende Problem, ob dieser Schaden z u e r s e t z e n ist[15]. Denn aus den Vorschriften der §§ 249, 252 BGB läßt sich für eine derartige Einschränkung des Schadensbegriffs nichts entnehmen. Der Gesetzgeber hat im Gegenteil den § 249 BGB bewußt weit gefaßt[16]. Man würde nur unnötig Unsicherheit in den weiten, allgemeinen Schadensbegriff tragen, wenn man ihn mit derartigen Erwägungen belasten wollte. Das gilt umsomehr, als diese Erwägungen keineswegs für das gesamte Schadensersatzrecht, sondern nur für die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß im Zusammenhang mit dem Abschluß (form-)nichtiger Verträge von Bedeutung sind. Wenn Josef meinte, nach § 249 BGB könne nur Herstellung des Zustandes verlangt werden, auf den der Ersatzberechtigte schon vor der Schädigung einen Rechtsanspruch hatte, so erklärt sich das daraus, daß Josef nur die Fälle arglistigen Verhaltens bei Vertragsschluß im Auge hatte. In diesen Arglistfällen ist allerdings im Gegensatz zu der von Josef bekämpften Auffassung Hoenigers[17] ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses schon nach den Prinzipien des § 249 BGB ausgeschlossen, weil es hier wegen der mangelnden Bereitschaft des Arglistigen nicht zu einem formgerechten Abschluß gekommen wäre. Für den allgemeinen Schadensbegriff kann daher aus der Auffassung Josefs nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. Demgemäß schließt die Tatsache, daß in den hier behandelten Fällen des

---

15) So gehen auch Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112), und Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c dd, S. 283, wenn auch mit unterschiedlichem Ergebnis vor;

16) vgl. Protokolle I, S. 296;

17) in DNotV 19o9, S. 673 (685 f).

Verschuldens beim Abschluß formnichtiger Verträge der Gewinn, den der Ersatzberechtigte erzielt hätte, allein auf der Bereitschaft des Schadensersatzverpflichteten zum formgerechten Abschluß beruht, das Vorliegen eines Schadens i.S. der §§ 249, 252 BGB nicht aus.

2. Kausalität

Wenn auch die Bedenken von Siber bezüglich des Vorliegens eines Schadens nicht begründet sind, so könnte ihm doch insoweit zu folgen sein, als er die Ursächlichkeit des Verschuldens für diesen Schaden leugnet. M.E. kann kein Zweifel an der Kausalität bestehen. Es liegt nicht außerhalb aller Lebenserfahrung[18], daß der Geschädigte ohne die schuldhaft falschen Angaben zur Formbedürftigkeit auf Einhaltung der Form bestanden und diese auch erreicht hätte[19]. Die Kausalitätsbetrachtung kann auch nicht in der Weise abgebogen werden, daß bei pflichtgemäßer Aufklärung der Gegner eine klare Vorstellung von der Nichtigkeit gewonnen und somit, da er nunmehr für seinen rechtlichen oder tatsächlichen Irrtum selbst verantwortlich wäre, überhaupt keinen Ersatzanspruch hätte[20]. Diese Auffassung berücksichtigt nur den Fall, daß trotz beiderseitiger Kenntnis der Formbedürftigkeit der Vertrag ohne die erforderliche Form abgeschlossen worden wäre. Hier ist aber gerade davon auszugehen, daß bei erfolgter Aufklärung ein formgültiger Vertrag zustandegekommen wäre.

---

18) Zur Adäquanztheorie vgl. Palandt-Heinrichs, Vorbem. 5 b zu § 249;

19) a.A. mit ungerechtfertigter Verallgemeinerung Levy, Anm. zu RG in JW 1922, S. 1313, ebenda;

20) so aber Friedrichs, Anm. zu RG in JW 1928, S. 2433, (2434), ebenda.

3. Abschließende gesetzliche Regelung

Gegen den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses kann auch nicht geltend gemacht werden, der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sei im BGB abschließend für die Fälle geregelt, in denen ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist[21]. Zwar setzt die Mehrzahl der Vorschriften, die einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren, einen (zunächst) wirksamen Vertrag voraus[22]. Ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses aus einem nichtigen mit dem Schädiger abgeschlossenen Vertrag wäre damit durchaus eine Singularität im Schadensersatzrecht. Gegen eine abschließende Regelung spricht jedoch einmal die Vorschrift des § 179 Abs. 1 BGB. Danach ist der Vertreter, der in Kenntnis des Mangels seiner Vertretungsmacht einen Vertrag geschlossen hat, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. Hier haftet der Vertreter also, auch ohne daß ein wirksamer Vertrag mit ihm vorliegt[23], auf das Erfüllungsinteresse. Die Auffassung, die Fälle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung seien im BGB abschließend geregelt, würde auch unberücksichtigt lassen, daß die Lehre von der c.i.c. bei Schaffung des BGB noch sehr unvollständig entwickelt war. Schließlich vermag auch der Ausschluß des Erfüllungsinteresseersatzes in den Fällen der §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 und 3o7 Abs. 1/3o9 BGB den allgemeinen Ausschluß des Erfüllungsinteresseersatzes bei dem Institut der c.i.c. nicht zu rechtfertigen[24].

---

21) So aber Matthießen, DGWR 1939, S. 223 (225); Reichel, ACP Bd. 1o4, S. 1 (46 f); ähnlich Planck-Siber, Vorbem. I 4 d zu §§ 275-292, S. 195;

22) vgl. §§ 28o, 283, 286, 325 f, 463, 524, 635/633 BGB;

23) der Vertreter wird hier nicht Vertragspartei; BGH in NJW 197o, S. 24o (241); Palandt-Danckelmann, § 179, Anm. 2; Staudinger-Coing, § 179, Rdnr. 14; Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 179, Rdnr. 17;

24) so aber Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (219); vgl. auch Siber, Schuldrecht, § 27 d II 2, S. 1o5.

Bei § 122 Abs. 1 BGB und § 179 Abs. 2 BGB entspricht der Ausschluß dieses Anspruchs durchaus der Billigkeit[25], da beide Vorschriften eine Schadensersatzpflicht auch ohne schuldhaftes Verhalten des Ersatzpflichtigen anordnen[26]. Diese Billigkeitsentscheidung läßt sich aber nicht auf die Fälle der c.i.c. übertragen, da hier ein schuldhaftes Verhalten des Ersatzpflichtigen vorausgesetzt wird. Nun hat zwar der Gesetzgeber den Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse auch für den Fall des § 3o7 BGB trotz schuldhaften Verhaltens des Ersatzpflichtigen ausgeschlossen. Dieser Entscheidung lag jedoch keine Wertung zugrunde, die für die Haftung wegen c.i.c. allgemeine Bedeutung hätte. Sie beruht vielmehr auf einem bestimmten Verständnis der Nichtigkeit. Denn der Gesetzgeber war der Auffassung, die Nichtigkeit des Vertrages wegen ursprünglicher Unmöglichkeit habe bei konsequenter Auffassung die rechtsnotwendige Folge, daß an die Stelle des Anspruchs auf die Vertragsleistung kein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse treten könne[27].

Ob diese Auffassung zutrifft, ist noch im Rahmen der Relevanz der §§ 313, 125 BGB für unser Problem zu prüfen[28]. Sieht man zunächst einmal von dem speziellen Problem des Nichtigkeitsbegriffs ab, so kann der Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs auf das Erfüllungsinteresse bei schuldhaftem Verhalten bezüglich der Formnichtigkeit weder eine abschließende Regelung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung noch der Ausschluß dieser Haftung in den Fällen der §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 und 3o7 Abs. 1/3o9 BGB entgegengehalten werden[29].

---

25) Zu den gesetzgeberischen Erwägungen zu § 122 BGB vgl. Motive I, S. 194 f;

26) Staudinger-Coing, § 122, Rdnr. 1 sowie S. 35 FN 13 der Arbeit; Staudinger-Coing, § 179, Rdnr. 18;

27) Motive II, S. 178; Motive I, S. 195. Die Materialien zu §249 BGB (Protokolle I, S. 296 f) und zu § 252 BGB (Motive I, S. 18) behandeln diese Frage nicht;

28) siehe dazu sogleich, S. 99 ff der Arbeit;

29) vgl. hierzu auch Brenner, Diss., S. 27 ff.

4. Privatautonomie

Flume[30] hat gegen die Anerkennung eines Anspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses eingewandt, "weil der Partner keinen Anspruch auf den Vertragsschluß hat, dieser vielmehr nach dem Grundsatz der Privatautonomie in die freie Entscheidung der Vertragsschließenden gegeben ist, muß bei der Argumentation betreffs des Schadens, der aus dem Gesichtspunkt der Haftung für culpa in contrahendo zu ersetzen ist, die Erwägung ausscheiden, daß der schuldhaft Handelnde auch einen formgültigen Vertrag abgeschlossen hätte. Die herrschende Meinung, welche wegen Verschuldens bei Vertragsschluß gegen den Partner einen Erfüllungsanspruch gewährt, bedeutet einen Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie, weil mit dieser Meinung die Freiheit zum Vertragsschluß nicht beachtet wird." Wie der Zusammenhang zeigt, bezieht sich dieser Einwand nicht nur gegen einen Erfüllungsanspruch in Natur, sondern auch gegen den Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld[31].

Soweit Flume sich hier auf den Grundsatz der Privatautonomie beruft, ist seine Kritik bereits im Ansatz verfehlt. Auch die von ihm kritisierte h.M. ist der Auffassung, daß sich auf Grund der Vertragsverhandlungen allein kein Anspruch auf Abschluß eines Vertrages ergibt[32]. Zur Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs auf das Erfüllungsinteresse kommt sie ausschließlich unter Zugrundelegung des § 249 BGB. Zudem

---

30) Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c, dd (S. 283); ähnlich schon Kramer, Diss., S. 11; zustimmend zu Flume zunächst Medicus, JuS 1965, S. 209 (214 FN. 49), anders jetzt in Bürgerl. Recht, § 8 III 3 b, S. 65;

31) anders bei Esser, Schuldrecht I, § 6 III 3 c, S. 38 f, der diese Erwägungen nur gegen den Erfüllungsanspruch vorbringt, dem Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld aber zustimmt, ebenda, § 52 IV 2 zu FN 21, S. 379;

32) vgl. näher oben, S. 90 FN 10 der Arbeit.

wird, wie Reinicke[33] nachgewiesen hat, der Grundsatz der Privatautonomie durch einen Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht beeinträchtigt. Denn im Wege des Schadensersatzes soll gerade der Zustand hergestellt werden, der dem Willen des Schadensersatzpflichtigen beim Vertragsschluß entspricht. Die Frage, ob dieser Wille beim Schadensersatz berücksichtigt werden kann, ist daher nicht, wie Flume meint, ein Problem der Privatautonomie, sondern der noch zu besprechenden Formnichtigkeit - §§ 313, 125 BGB.

Auf der gleichen Ebene liegt der Einwand Josefs, nach § 249 BGB könne nicht Herstellung eines Zustandes verlangt werden, der bei Vornahme einer anderen Handlung bestünde, auf die kein Rechtsanspruch bestand. Auch dieser Einwand ist unbegründet. Denn auf das pflichtgemäße Verhalten bei den Vertragsverhandlungen und bei Abschluß des Vertrages besteht zwar kein einklagbarer, selbständiger Anspruch[34]. Gleichwohl handelt es sich dabei nicht um eine andere, sondern gerade um die geschuldete Handlung, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Wenn auch die von Josef vertretene Auffassung zum Schadensersatz bei arglistigem[35] Verhalten im Ergebnis zutrifft, so kann doch seiner Argumentation nicht gefolgt werden.

5. Wesen der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß

Die oben wiedergegebene Auffassung Flumes zur Privatautonomie könnte aber auch dahingehend zu verstehen sein, daß er den Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse

---

33) In Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112); zustimmend jetzt auch Medicus, Bürgerl. Recht, § 8 III 3 b, S. 65. Seine Hauptbedeutung hat der Grundsatz der Privatautonomie zudem im positiven Sinne, nämlich in der Anerkennung des Individualwillens durch die Rechtsordnung. Vgl. dazu Schmidt-Salzer, NJW 197o, S. 8;

34) Nirk, JZ 1952, S. 593;

35) Josef, ArchbürgR Bd. 36, S. 6o ff, behandelt nur den Anspruch aus § 826 BGB.

schlechthin für unvereinbar mit Sinn und Zweck der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß hält[36]. Flume ist nämlich der Ansicht, bei der c.i.c. solle der Partner des schuldhaft Handelnden lediglich auf Grund des Vertragsabschlusses keinen Schaden erleiden. Geboten sei bei schuldhafter Veranlassung der Nichtbeachtung einer gesetzlichen Form nur, daß der Partner den Schaden ersetzt bekommt, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse habe er nicht, da er auch keinen Anspruch darauf gehabt habe, daß der andere den Vertrag schließe. Es solle ihm daher, wie Reinicke ergänzt[37], die Bereitschaft der Partei, einen Vertrag zu schließen, auch nicht zugute kommen.

Mit dieser Auffassung befindet sich Flume im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen. So ist auch bei der Schadensersatzhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB anerkannt, daß trotz Verletzung eines Schutzgesetzes eine Begrenzung des zu ersetzenden Schadens aus dem Schutzzweck der Norm vorzunehmen ist[38]. Versteht man den Schutzzweck der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, wie Flume, dahingehend, daß der Partner des schuldhaft handelnden Teils ausschließlich davor geschützt werden soll, daß er durch die Vertragsverhandlungen einen Schaden erleide, daß er aber keinen Gewinn erzielen solle, auf dessen Erzielung er keinen Anspruch gehabt habe, so ist die Begrenzung des zu ersetzenden Schadens bei der c.i.c. auf das negative Interesse konsequent.

---

36) Ebenso verstanden von Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (S. 112);

37) Reinicke, a.a.O., S. 112, selbst hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen;

38) vgl. RGR-BGB, Nastelski, Vorbem. 17 vor §§ 249-255; Larenz, Schuldrecht II, § 66 II, S. 436; sowie Lüer, Die Begrenzung, insbesond. S. 45 ff S. 93 ff.

Der Schutzzweck der Haftung für c.i.c. ist aber nicht derart begrenzt. Eine solche Begrenzung ergibt sich, wie oben[39] gezeigt, nicht aus den Vorschriften der §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2, 3o7 Abs. 1/3o9 BGB, die im Wege der Analogie zur Entwicklung der Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß geführt haben. Der Ausschluß der Haftung auf das Erfüllungsinteresse folgt auch nicht daraus, daß für die Haftung wegen c.i.c. der Gesichtspunkt des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses, also des Vertrauensschutzes, eine überragende Bedeutung hat[4o]. Denn auch der Haftung auf das Erfüllungsinteresse liegt die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht zugrunde. Die Frage nach dem Vorliegen einer derartigen Pflichtverletzung bestimmt sich aber gerade danach, ob nach Bewertung des konkreten vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses nach § 242 BGB ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen als pflichtwidrig anzusehen ist. Zum anderen ist auch das Erfüllungsinteresse ein Schaden, der seine Grundlage im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft des Verhandlungspartners und damit auf die Gültigkeit des Vertrages findet[41]. Denn hätte der Geschädigte nicht auf die Wirksamkeit der formnichtigen Erklärung vertraut, so hätte er auf der Einhaltung der Form bestanden und sie auch erreicht. Ein Ausschluß der Haftung auf das Erfüllungsinteresse ergibt sich somit auch nicht aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes.

Flumes gegenteilige Auffassung beruht auf einer m.E. unzutreffenden Fragestellung, die zudem allgemeine Kriterien der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß mit dem noch zu erörternden speziellen Problem der Formnichtigkeit vermengt und dadurch das Problem verdunkelt. Soweit es nur um die hier zu prüfende allgemeine Frage geht, ob die Haftung auf das Erfüllungsinteresse dem Wesen der Haftung für Verschulden

---

39) S. 93 ff der Arbeit;

4o) anders aber wohl BAG in NJW 1956, S. 398;

41) im Ergebnis ebenso Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 33 III 2, S. 197.

bei Vertragsschluß widerspricht, reicht es nicht aus zu fragen, ob es bei schuldhafter Veranlassung der Nichtbeachtung einer gesetzlichen Form nur geboten ist, d.h. der Billigkeit entspricht, daß der Partner den Schaden ersetzt bekommt, den er durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erleidet[42]. Vielmehr muß eine, die Interessen beider Parteien berücksichtigende Fragestellung dahin gehen, w e l c h e der beiden Parteien den Schaden tragen oder den Gewinn aus dem Geschäft erzielen soll. Angesichts des schuldhaften Verhaltens des einen Teils scheint mir die Beantwortung dieser Frage nicht zweifelhaft zu sein. Zu Recht hebt Reinicke[43] hervor, daß diese vorvertraglichen Pflichten wesentlich an Bedeutung verlören, wenn ihre Verletzung teilweise ohne Sanktion bliebe. Dem steht auch nicht die Auffassung der h.M. entgegen, nach der die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß eine gesetzliche, vom Willen des Ersatzpflichtigen unabhängige Haftung sei[44]; denn ein Rückgriff auf die Bereitschaft zum Vertragsschluß soll dadurch nicht ausgeschlossen werden. Sinn und Zweck der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß schließen einen Ersatz des Erfüllungsinteresses beim Abschluß formnichtiger Verträge daher nicht aus[45].

6. Sinn und Zweck der Formvorschriften der §§ 313, 125 BGB

Hefermehl[46] hat die Auffassung vertreten, nicht nur die Gewährung eines auf Erfüllung in Natur gerichteten Schadens-

---

42) So Flume, a.a.O., S. 283. Flume versteht darunter nur das negative Interesse. Vgl. auch Levy, Anm. zu RGZ 1o4/265 = JW 1922, S. 1313, ebenda;

43) in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112);

44) BGH in MDR 1954, S. 346 (348); BGHZ 6/33o (333/34);

45) vgl. hierzu auch Brenner, Diss., S. 32 f;

46) bei Soergel, § 125, Rdnr. 21; ebenso schon Lorenz, JuS 1966, 429 (435). Zu Unrecht beruft sich Hefermehl hier auf Medicus, JuS 1965, S. 2o9 (214). Medicus' Bedenken hinsichtlich des Formzwecks beziehen sich ausschließlich auf das negative Interesse.

ersatzanspruchs, sondern auch der Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld verstoße gegen Sinn und Zweck der einzelnen Formvorschriften, insbesondere des § 313 BGB[47]. Diese Auffassung ist insofern konsequent, als sie hinsichtlich des hier wesentlichen Schutzzwecks des Übereilungsschutzes nicht zwischen dem Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld und der Naturalrestitution unterscheidet. Denn für die Belange der Partei, die durch die Formvorschrift vor übereilten, unüberlegten Schritten gewarnt werden soll, ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob sie die Leistung in Natur zu erbringen oder deren Wert in Geld zu ersetzen hat[48]. Gegen die Auffassung, der Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse verstoße gegen Sinn und Zweck der Formvorschriften, hat Reinicke[49] vorgebracht, der Hauptzweck des § 313 BGB, den Verkäufer vor Übereilung zu schützen, werde durch die Verpflichtung, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, nicht vereitelt; denn dieses Interesse müsse nur ersetzt werden, wenn der Kaufvertrag sonst zustandegekommen und damit die Schutzfunktion dieser Bestimmung zur Geltung gekommen wäre.

a) Funktionsbereich der §§ 313, 125 BGB

Die Auffassung von Reinicke ist zutreffend, wenn sich die Schutzfunktion der §§ 313, 125 BGB in dieser auf die Wahrung des Übereilungsschutzes im Einzelfall abstellenden Betrachtung erschöpft. Das ist jedoch zweifelhaft; denn der Gesetzgeber hat die Formeinhaltung als ein generelles, psychologisches Hindernis vor den Vertragsschluß gestellt und

---

47) Soergel-Hefermehl, a.a.O., scheint einen Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse in Geld aber trotz dieses vermeintlichen Verstoßes zu bejahen;

48) ein Unterschied ergibt sich lediglich bezüglich zukünftiger Wertsteigerungen;

49) in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112); ebenso schon Gernhuber, in Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 (176).

gerade durch die einschränkungslose Anordnung der Nichtigkeit zu erkennen gegeben, daß er dieses psychologische Hindernis grundsätzlich nur bei Einhaltung der Form für überwunden hielt[5o]. Demgemäß war er in dem ähnlich liegenden Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit der Auffassung, der Ausschluß des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse sei eine rechtsnotwendige Folge der Nichtigkeit des Vertrages[51]. Es ließe sich daher die Ansicht vertreten, daß nach der Intention der §§ 313, 125 BGB das Erklärte formlos gar nicht gewollt werden könne[52], die formlose vertragliche Erklärung mithin nicht nur in ihrer Funktion als Willenserklärung, sondern in jeder rechtlichen Beziehung ein nullum sei[53]. Das könnte auch der Grund für die Auffassung sein, bei der c.i.c. habe die Erwägung auszuscheiden, daß der schuldhaft Handelnde gegebenenfalls auch einen formgültigen Vertrag geschlossen hätte.

M.E. kommt den Vorschriften der §§ 313, 125 BGB keine derart weitreichende Bedeutung zu. Wenn der Gesetzgeber im Rahmen seiner Erörterungen zum späteren § 3o7 BGB die Ansicht vertreten hat, der Ausschluß der Haftung auf das Erfüllungsinteresse sei eine rechtnotwendige Folge der Nichtigkeit des Vertrages[54], so ist das bereits für den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit der Vertragsleistung ein logischer Fehlschluß[55]. Umsomehr gilt das für den Fall der Formnich-

---

5o) Vgl. OLG Hamburg in MDR 1954, S. 228; LG Stuttgart in MDR 1956, S. 165; RG in WarnRG 19o9, Nr. 537, S. 525 f;

51) Motive II, S. 178; Motive I, S. 195;

52) so Lorenz in JuS 1966, S. 429 (436 FN 45); ähnlich Battes, JZ 1969, S. 683 (686);

53) demgemäß hielt Titze, HandwdRW VI, S. 516 (521), den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse für unvereinbar mit dem Wesen der Nichtigkeit;

54) Motive II, S. 178; Motive I, S. 195;

55) Enneccerus-Lehmann, § 29 II 1 d, S. 133; Heck, Schuldrecht, § 46, 8, S. 14o f; vgl. auch Larenz, Schuldrecht I, § 7 III S. 83, zu FN 2.

tigkeit. Hier ist, wie die Heilungsvorschriften zeigen, nicht einmal die Erfüllung in Natur aus logischen Gründen ausgeschlossen. Die Auffassung des Gesetzgebers zur Bedeutung der Nichtigkeit des Vertrages für den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses ist daher nicht maßgeblich.
Die Anerkennung eines derartig weiten Funktionsbereichs der Formvorschriften wird auch nicht durch den Sinn und Zweck des § 125 BGB gefordert. Die Nichtigkeitsfolge bei Verstößen gegen die Formvorschriften bezweckt die Erzwingung der Einhaltung dieser Formvorschriften[56]. Die Versagung eines Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse wäre nicht geeignet, die Einhaltung der Formvorschriften zu fördern. Sie würde im Gegenteil gerade die Partei begünstigen, die die Formbedürftigkeit des Vertrages hätte kennen müssen, von der die Einhaltung der Form daher in erster Linie zu erwarten war.

Ausschlaggebend für die Reichweite der §§ 313, 125 BGB scheint mir aber zu sein, daß der Gesetzgeber bei diesen Vorschriften lediglich zwischen der Bindung an die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, also zwischen der Vertragstreue einerseits und dem Formzweck andererseits, abgewogen hat[57]. Darüber hinausgehende Umstände, insbesondere solche, die eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß begründen können, hat er dagegen in seiner Abwägung nicht berücksichtigt. Er hat die Frage, ob aus sonstigen Umständen, die anläßlich des Abschlusses eines formnichtigen Vertrages erfolgt sind, Schadensersatzansprüche auf das Erfüllungsinteresse entstehen können, nicht gesehen[58]. Es geht daher zu weit, wenn den Vorschriften der §§ 313, 125 BGB über ihre Bedeutung für die vertraglichen Erklärungen in ihrer Funktion als Willenserklärung hinaus auch die Wirkung beigemessen wird, daß die

---

56) Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c aa, S. 276; Larenz, Schuldrecht I, § 1o III, S. 121; Endemann, Lehrbuch, I, S. 317;

57) vgl. Motive I, S. 178 ff (183) zu § 125 BGB. So auch Battes in JZ 1969, S. 683 (684 zu FN 9);

58) vgl. auch Battes, a.a.O.

vertraglichen Erklärungen in jeder rechtlichen Beziehung und damit auch im Rahmen des Schadensersatzrechts für die Feststellung der Bereitschaft der Verhandlungspartner zum formgerechten Abschluß ein nullum seien. Es ist daher Reinicke im Grundsatz zuzustimmen, wenn er meint, der Hauptzweck des § 313 BGB, den Verkäufer vor Übereilung zu schützen, werde durch die Verpflichtung zum Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht vereitelt. Denn dieses Interesse ist nur dann zu ersetzen, wenn der Kaufvertrag gegebenenfalls formgerecht zustandegekommen wäre und damit die Schutzfunktion des § 313 BGB zur Geltung gekommen wäre.

b) Konsequenz für den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse

Aus dieser zutreffenden Begründung von Reinicke ergibt sich aber eine von der h.M. noch kaum berücksichtigte Einschränkung der Möglichkeit, zu einem Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses zu gelangen. Denn das Erfüllungsinteresse kann richtigerweise nur dann ersetzt verlangt werden, wenn ein formgültiger Kaufvertrag auch bei Wahrung der Schutzfunktion der Formvorschrift zustande gekommen wäre. Es genügt daher nicht die Feststellung, der schuldhaft handelnde Teil wäre gegebenenfalls auch zum formgültigen Abschluß des Vertrages bereit gewesen. Vielmehr muß darüber hinaus die Feststellung getroffen werden können, daß er den Kaufvertrag auch nach pflichtgemäßer Beratung durch den dazu berufenen Notar hätte beurkunden lassen. Denn nur in diesem Falle wäre die Schutzfunktion der Formvorschrift zur Geltung gekommen. Die wesentliche Frage ist daher, in welchen Fällen eine solche Feststellung überhaupt getroffen werden kann.

Die vorgelagerte Feststellung der Bereitschaft zum formgültigen Abschluß des Vertrages ist bei arglistigem Verhalten

in aller Regel nicht zu treffen[59]. Etwas anderes gilt nur in dem sicher seltenen Fall, daß der Verkäufer sich in einer dringenden Notlage befand, der Geschädigte als einziger Käufer in Frage kam und der Verkäufer bei Mißlingen des Täuschungsversuchs hinsichtlich der Formbedürftigkeit auch formgültig hätte verkaufen müssen[6o].

Bei vorsätzlichem Verhalten hängt die Feststellung der Bereitschaft zum formgerechten Abschluß davon ab, aus welchem Grund der zum Schadensersatz Verpflichtete die Form trotz Kenntnis nicht eingehalten hat[61]. Sowohl bei vorsätzlichem wie auch - erst recht - bei arglistigem Verhalten ist die Feststellung der Bereitschaft zum formgerechten Abschluß aber von geringer Bedeutung. Der Vertrag ist hier stets nach § 242 BGB als gültig zu behandeln[62]. Deshalb ist auch schon die Prämisse des OLG Koblenz unrichtig, das in einer Entscheidung ausführte[63], da schon bei arglistigem Verhalten ein Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen ist, müsse das für den Fall bloß fahrlässigen Verhaltens erst recht gelten[64].

Bei fahrlässigem Verhalten kann, wie schon gezeigt wurde[65], grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß auch die schuld-

---

59) So die h.M. zu § 826 BGB: G. und D. Reinicke in MDR 1954, S. 641 (644); Lorenz in JuS 1966, S. 429 (432 zu FN 16); Reichel in ACP Bd. 1o4, S. 1 (46 f); Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (218); Stutzer, DGWR 1939, S. 219 (22o); Gadow, JheringsJ Bd. 84, S. 174 (191 f). Unrichtig noch RGZ 1o7/357 (364 f); 115/35 (44); dagegen zu Recht Boehmer, Grundlagen II, 2, S. 97 f;

6o) Fall nach Fuchs, Diss., S. 36 sub II;

61) vgl. dazu näher oben, S. 52 ff der Arbeit;

62) siehe oben, S. 63 ff der Arbeit;

63) OLG Koblenz in DRZ 1949, S. 4o (42);

64) gegen OLG Koblenz auch Gernhuber, a.a.O., S. 171 zu FN 71;

65) siehe oben, S. 56 zu FN 46 der Arbeit.

haft handelnde Partei zum formgerechten Abschluß bereit gewesen wäre. Denn beide Teile haben einen Vertrag geschlossen, den sie für wirksam hielten. Darin zeigt sich ihr Wille zum wirksamen Abschluß des Vertrages. Das rechtfertigt aber auch die Folgerung, daß sie bereit waren, die gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen und damit auch eine eventuell erforderliche Form einzuhalten.

Wäre der Vertrag aber auch, das ist die Kernfrage, tatsächlich formgerecht abgeschlossen worden? Zwar läßt sich nicht leugnen, daß der Vertrag nach allgemeinen Wahrscheinlichkeitsgrundsätzen hier "vielfach formgerecht abgeschlossen worden wäre"[66]. Die Frage ist aber, ob diese Feststellung auch jeweils für den konkreten, zur Entscheidung stehenden Fall getroffen werden kann oder ob die Formerfüllung nicht ein derart unkalkulierbares psychologisches Hindernis darstellt, daß eine solche Annahme im konkreten Fall stets willkürlich wäre[67]. Denn es läßt sich trotz aller Wahrscheinlichkeit kaum ganz ausschließen, daß die Parteien, vom Notar pflichtgemäß beraten, doch von der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages Abstand genommen hätten, oder daß der Bürge die Erteilung der schriftlichen Bürgschaftserklärung schließlich doch verweigert hätte, obwohl er grundsätzlich bereit war zu bürgen.

M.E. sind zu dieser Frage drei Fallgruppen zu unterscheiden. Die erste Gruppe bilden die Fälle, in denen die zum Schadensersatz verpflichtete Partei das psychologische Hindernis der

---

66) So G. und D. Reinicke in MDR 1954, S. 641 (644); ähnlich schon Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (218);

67) so Lorenz in JuS 1966, S. 429 (432). Im Ergebnis ebenso schon Gadow, JheringsJ Bd. 84, S. 174 (191 f); Stutzer, DGWR 1939, S. 219 (22o), die beide auch die Haftung aus c.i.c. behandeln, aber wohl nur den Fall vorsätzlichen Verhaltens im Auge haben. Vgl. ferner Kramer, Diss. S. 11: "Es kann aber niemals festgestellt werden, ob eine Beurkundung erfolgt wäre, da diese von dem freien Willen der Parteien abgehangen hätte".

Formerfüllung bereits bei Abschluß des Vertrages weitgehend überwunden hat. Man denke etwa an die Fälle, in denen der Vertrag in seinen wesentlichen Punkten zwar formgerecht beurkundet worden ist, gewisse unbedeutende Nebenabreden jedoch nicht mitaufgenommen wurden. Sofern der nichtbeurkundeten Nebenabrede eine nur unwesentliche Bedeutung zukommt, ist es nicht willkürlich, davon auszugehen, daß der Vertrag bei einem entsprechenden Verlangen des Geschädigten formgültig zustandegekommen wäre.

Die zweite Gruppe stellen die Fälle dar, in denen der Schadensersatzpflichtige das Hindernis der Formerfüllung durch Abschluß einer Anzahl gleichartiger Verträge mit anderen Personen oder aber durch deren Erfüllung überwunden hat. Das gilt insbesondere für die Wohnungsbauunternehmen, die gleichartige Verträge in Mengen abschließen und auch erfüllen[68]. Der formgerechte Abschluß gleichartiger Verträge mit Dritten oder die Erfüllung dieser Verträge zeigt, daß das psychologische Hindernis der Formeinhaltung auch hier bei entsprechendem Verlangen des Erwerbers einen formgerechten Abschluß des Kaufvertrages nicht verhindert hätte. Hier müßte auch der Einwand ausscheiden, das Unternehmen hätte den formgerechten Abschluß möglicherweise abgelehnt, um keinen Präzedenzfall zu schaffen[69]. Denn dieser Einwand ist nur dort denkbar, wo das Unternehmen die Formbedürftigkeit des Vertrages bei dessen Abschluß kannte[7o] oder zumindest für möglich hielt.

---

68) Auch der BGH hat angenommen, daß bei Hausbewerberverträgen die Möglichkeit naheliegt, daß der Bewerber bei Kenntnis der Formbedürftigkeit die Beurkundung gefordert und erreicht hätte: BGH in WM 1965, S. 315 (316); in WM 1965, S. 674 (675); in WM 1966, S. 89 (91); ebenso Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (111);

69) vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 49;

7o) dann ist der Vertrag über § 242 BGB als gültig zu behandeln; siehe oben, S. 63 ff der Arbeit.

Die dritte Gruppe bilden schließlich alle übrigen Fälle, in denen die erforderliche Form entweder nicht oder doch hinsichtlich wesentlicher Nebenabreden nicht eingehalten wurde und auch eine spätere Erfüllung gleichartiger Verträge nicht erfolgt ist. In diesen Fällen hätte das psychologische Hindernis der Formerfüllung noch akut werden können. Für die Einordnung dieser Fallgruppe ergeben sich daher zwei Möglichkeiten:

Entweder stellt man sich auf den Standpunkt, die Formerfüllung sei ein unkalkulierbares Hindernis auf dem Wege zum gültigen Vertragsschluß. Es sei daher stets willkürlich anzunehmen, ohne das zum Ersatz verpflichtende Ereignis wäre es zu einem formgültigen Abschluß gekommen. Folgt man dem, so scheidet in dieser Fallgruppe ein Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse aus. Diese Auffassung wäre die Konsequenz der oben[71)] wiedergegebenen Meinung, der Formzweck sei ausschließlich dann erreicht, wenn die Form tatsächlich eingehalten worden ist.

Oder man vertritt die Ansicht, aus der festgestellten Bereitschaft beider Teile zum Abschluß eines formgerechten Vertrages sei die Vermutung herzuleiten, daß dieser Vertrag auch tatsächlich formwirksam zustande gekommen wäre. Diese Vermutung wäre dann nur durch besondere Anhaltspunkte zu widerlegen, die die Annahme rechtfertigen, daß der Schadensersatzpflichtige bei Erfüllung der Form bzw. vom Notar pflichtgemäß aufgeklärt doch noch vom formgerechten Abschluß des Vertrages Abstand genommen hätte. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn der Vertragsinhalt für den zum Schadensersatz Verpflichteten erkennbar erhebliche Nachteile mit sich brächte.

Ich meine, bei der Bereitschaft beider Teile zum Abschluß eines formgültigen Vertrages spreche eine Vermutung dafür, daß es zu einem formgültigen Abschluß gekommen wäre. Wie bereits gezeigt[71)], sind die Zwecke der Formvorschriften nicht

---

71) Siehe oben, S. 1o1 der Arbeit.

nur dann gewahrt, wenn die Form tatsächlich eingehalten worden ist, sondern auch dann, wenn die Form gegebenenfalls eingehalten worden wäre. Darüber hinaus ist diese Auffassung sachgerecht, da sie den schutzwürdigen Belangen der Parteien entspricht. Die schutzwürdigen Interessen des Ersatzpflichtigen werden dadurch hinreichend berücksichtigt, daß das Erfüllungsinteresse nicht zu ersetzen ist, wenn Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, daß dieser Vertrag bei pflichtgemäßer Beratung durch den Notar nicht geschlossen worden wäre. Weiter fällt hier ins Gewicht, daß der Umfang der vorvertraglichen Pflichten hinsichtlich der Formbedürftigkeit weit geringer ist, als gemeinhin angenommen wird. Je enger aber der Kreis der vorvertraglichen Pflichten ist, desto geringer sind die Bedenken gegen die Gewährung eines Anspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses[72]. Die gegenteilige Auffassung würde zudem mit dem Erfahrungssatz in Widerspruch treten, daß in den Fällen fahrlässiger Unkenntnis der Formbedürftigkeit eben wegen der Bereitschaft beider Teile zum (form-)wirksamen Abschluß in der überwiegenden Zahl der Fälle ein formgültiger Vertrag auch tatsächlich abgeschlossen worden wäre.

Die weiteren Zwecke der §§ 313, 125 BGB werden durch die Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs auf das Erfüllungsinteresse in Geld nur unwesentlich berührt. Zwar verfolgen die Vorschriften der §§ 313, 125 BGB auch den Zweck, für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu sorgen und dadurch Prozesse zu vermeiden oder doch abzukürzen[73]. Dieser Zweck wird durch die Beweiserhebungen, die zur Begründung eines Anspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses möglicherweise erforderlich werden, auch tangiert. Bei dem auf Gelder-

---

72) Hier zeigt sich das Abhängigkeitsverhältnis vom Umfang der vorvertraglichen Pflichten und dem Umfang der Schadensersatzpflicht;

73) Staudinger-Kaduk, § 313, Rdnr. 1; Erman, § 313, Anm. 1 m.w.N.

satz gerichteten Anspruch kann insoweit auch nicht durch Gewährung eines Anspruchs auf Neuabschluß eines nun formgerechten Vertrages geholfen werden[74]. Die Beweisschwierigkeiten sind hier aber nicht größer als in dem Fall, daß Ersatz eines negativen Interesses verlangt wird, welches rechnerisch gleich dem Erfüllungsinteresse ist oder dieses gar übersteigt. Auch dort müssen Beweiserhebungen über die Höhe des Erfüllungsinteresses und damit über die konkreten Vertragsbedingungen gemacht werden, da das negative Interesse nur insoweit zu ersetzen ist, als es das Erfüllungsinteresse nicht übersteigt[75]. Hinsichtlich der Gewährung des negativen Interesses hat die h.M. zu Recht keine Bedenken bezüglich dieser Formzwecke[76]. Diese weiteren Formzwecke stehen daher auch einer Anerkennung eines auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichteten Schadensersatzanspruchs nicht entgegen.

Läßt sich daher feststellen, daß der Vertrag ohne das pflichtwidrig schuldhafte Verhalten des Ersatzpflichtigen formgerecht zustandegekommen wäre, so kann der Ersatzberechtigte aus c.i.c. Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen. Der Ersatzpflichtige kann seiner Verpflichtung allerdings dadurch genügen, daß er statt der Geldzahlung die Leistung in Natur anbietet, d.h. ihm steht eine Ersetzungsbefugnis zu. Andernfalls würde man dem Ersatzberechtigten im Ergebnis ein Reurecht einräumen.

---

74) So beim Erfüllungsanspruch in Natur Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112);

75) siehe oben, S. 7o ff der Arbeit;

76) siehe oben, S. 39 FN 2 der Arbeit.
Auch die Bedenken von Medicus beziehen sich nur auf den Formzweck des Übereilungsschutzes (und auch nur hinsichtlich des negativen Interesses).

7. Zusammenfassung

Auch bei schuldhaftem Verhalten einer Partei bezüglich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages kann ein Anspruch des anderen Teils auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld bestehen. Das ist der Fall, wenn der Vertrag auch bei Berücksichtigung der Schutzfunktion der einzelnen Formvorschrift, d.h. des § 313 BGB, formgerecht geschlossen worden wäre. Wann das der Fall ist, muß nach allgemeinen Beweisgrundsätzen ermittelt werden. Dabei spricht eine widerlegbare Vermutung dafür, daß dann, wenn der Schadensersatzpflichtige gegebenenfalls bereit gewesen wäre, den Vertrag formgerecht abzuschließen, ein formgültiger Abschluß auch tatsächlich erfolgt wäre. Unter diesen Voraussetzungen widerspricht der Ersatz des Erfüllungsinteresses weder den Grundsätzen der Kausalität, dem Schadensbegriff der §§ 249, 252 BGB, der (abschließenden) Regelung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, dem Ausschluß der Haftung auf das Erfüllungsinteresse in den §§ 122 Abs. 1, 179 Abs. 2 und 3o7 Abs. 1/3o9 BGB, der Privatautonomie, dem Wesen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß noch dem Sinn und Zweck der Formvorschriften der §§ 313, 125 BGB.

§ 5 Art und Weise des Ersatzes des positiven Interesses

Im vorhergehenden Paragraphen wurde festgestellt, daß dem Geschädigten ein Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses zusteht, wenn ohne das schuldhafte Verhalten seines Verhandlungspartners ein formgültiger Vertrag geschlossen worden wäre. An dieser Stelle ist nun zu untersuchen, auf welche Art und Weise der Ersatz des Erfüllungsinteresses zu erfolgen hat. Die Frage ist umstritten. Der Bundesgerichtshof ist seit seiner grundlegenden Entscheidung vom 29. 1. 1965[1] der Ansicht, der Geschädigte könne nur Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld verlangen.

---

[1] BGH, WM 1965, S. 315 (316/17) = NJW 1965, S. 812 ff. Ebenso BGH in WM 1966, S. 89 (91); in WM 1968, S. 1402 (1403); sowie in WM 1965, S. 674 (675), wo jedoch primär Geldersatz und nur hilfsweise Übereignung beantragt war. Wie der BGH schon OGHZ 1/217 = NJW 1949, S. 62 = MDR 1949, S. 31 f. Von der gegenteiligen Auffassung ging der BGH aber wohl noch in der Entscheidung WM 1955, S. 728 ff aus. Denn er untersuchte dort den Anspruch aus c.i.c. auf das Erfüllungsinteresse im Rahmen des auf A u f l a s s u n g des Grundstücks gerichteten Hauptantrages, den er nur mit Rücksicht darauf ablehnte, daß die Klägerin auch ohne das angeblich schuldhafte Verhalten der Beklagten keinen Erfüllungsanspruch gehabt hätte.

Das Reichsgericht, das zunächst aus § 826 BGB und dann aus c.i.c. einen Schadensersatzanspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages gab, (vgl. RGZ 107/357 (365); 115/35 (44); 159/33 (57)), hat später die schadensersatzrechtliche Lösung nicht mehr bemüht und den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bei jedem Verschulden zugelassen. Vgl. Marschall v. Bieberstein, NJW 1965, S. 1014 m.w.N.

Er ist der in der Literatur[2] vorherrschenden Auffassung, der Geschädigte könne in diesen Fällen gemäß § 249 S. 1 BGB grundsätzlich Naturalrestitution, d.h. die formnichtig vereinbarte Leistung und damit die Auflassung des Grundstücks oder doch den formgültigen Neuabschluß des Vertrages verlangen[3], mit der Begründung entgegengetreten, "das wäre Vertragserfüllung und kein Schadensersatz und würde auf eine Außerkraftsetzung des § 313 BGB hinauslaufen"[4].

---

[2] Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112 f); ders., Rechtsfolgen, S. 129; Soergel-Siebert (9. Aufl.); § 242, Rdnr. 222; Soergel-Knopp (1o. Aufl.), § 242, Rdnr. 357 (a.A. aber Soergel-Hefermehl (1o. Aufl.) § 125, Rdnr. 21); Larenz, Schuldrecht I, § 1o III, S. 121; Enneccerus-Nipperdey, § 154 III 4, FN 18, S. 957 f; Nipperdey, JZ 1952, S. 577 (581); Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 (165 und 176); Fikentscher, § 2o IV 5, S. 77; Schlegelberger-Vogels: Epping, § 242, Rdnr. 36; Beitzke, MDR 1953, S. 1 (3); Hueck, Festschrift für Hedemann, S. 131 (145); Henrich, ACP Bd. 162, S. 88 (1oo); Heldrich, ACP Bd. 147, S. 89 (114); Boehmer, Grundlagen II, 2, S. 96 f; Gadow, JheringsJ Bd. 84, S. 174 (191); Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 188 (246 f); Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, S. 77 und S. 116 FN 455; Marschall v. Bieberstein in NJW 1965, S. 1o14; Stoll, Anm. zu RG in JW 1927, S.2118 ff ebenda, S. 2119 (sub 1 e ß); Hamburger, Anm. zu RG in JW 1932, S. 2152, ebenda S. 2152 (2154). Widersprüchlich Staudinger-Weber: wie hier § 242 D 444, abweichend § 242 A 788. Zu § 826 BGB vgl. Hoeniger, DNotV 19o9, S. 673, 685 ff; Oertmann, Das Recht 1914, Sp. 8 ff;

[3] zur Frage, wann neben oder statt der tatsächlichen Erfüllung ein Neuabschluß erforderlich ist, siehe unten, S. 121 ff der Arbeit;

[4] so BGH in WM 1965, S. 315 (316/17) = NJW 1965, S. 812 ff.

Ein Teil der Literatur[5] hat sich der Auffassung des BGH angeschlossen. M.E. sind Begründung und Ergebnis des BGH zu dieser Frage unzutreffend.

1. Schadensersatz und Vertragserfüllung

Die Auffassung, der Schadensersatzanspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages sei "Vertragserfüllung und kein Schadensersatz", geht rein begrifflich von einem Gegensatz zwischen Vertragserfüllung und Schadensersatz aus, für den sich im Wortlaut des § 249 S. 1 BGB keine Stütze findet; denn nach § 249 S. 1 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Zwar mag der Gesetzgeber dabei in erster Linie an einen Schaden an Sachgütern gedacht haben. Das rechtfertigt aber noch nicht eine derart einschränkende Auslegung des § 249 S. 1 BGB. Der Gesetzgeber selbst hat bei Schaffung dieser Vorschrift betont[6], es lasse sich zwar nicht verkennen, daß der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Begriff des Schadensersatzes regelmäßig die Bedeutung der Geldentschädigung verbinde; dennoch könne die Anschauung des Entwurfs (der den Grundsatz der Naturalrestitution aufstellte) nicht für unrichtig gehalten werden. Der Gesetzge-

---

5) Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 21 (anders noch ders. in der 9. Aufl. ebenda sowie die anderen Bearbeiter des Kommentars s. vorstehend in Anm. 2); Palandt-Heinrichs, §276, Anm. 6 c; RGR-BGB, Krüger-Nieland, § 125, Anm. 1; Erman-Sirp, § 249, Anm. 6 a a.E.; Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c dd, S. 282 f; Esser, Schuldrecht I, § 6 III 3 c, S. 38 f sowie § 52 IV 2 FN 21, S. 379. So jetzt auch Blomeyer, § 33 III 2 a, S. 197 im Gegensatz zur 3. Aufl., ebenda. Brox, Allg. Schuldrecht, S. 36 Rdnr. 58; Lange, Allg. Teil, § 42 III 2, S. 271; Nirk in Festschrift f. Möhring, S. 385 (397); Klingsporn in Der Betrieb 1967, S. 367 f; so schon früher Matthießen in DGWR 1938, S. 213 (218/19); Fischer, Albert, Der Schaden nach dem BGB, S. 116; widersprüchlich Staudinger-Weber, § 242: wie hier A 788, wie vorstehend FN 2 D 444;

6) Protokolle I, S. 296.

ber hat daher selbst einen weiten Schadensersatzbegriff zugrunde gelegt.

Battes[7] hat gegen einen auf Erfüllung gerichteten (bereicherungsrechtlichen wie auch)[8] schadensersatzrechtlichen Anspruch folgendes eingewendet: Wenn die Rechtsordnung den staatlichen Machtapparat zur Durchsetzung privater Vereinbarungen zur Verfügung stelle, so verzichte sie weitgehend auf eine inhaltliche Kontrolle dieser Vereinbarungen. Dagegen sei bei den Begriffen wie "Bereicherung", "Wertersatz" und "Schaden" zum Ausdruck gebracht, daß objektive Kriterien bei der Bestimmung dessen angewendet werden sollten, was einer dem anderen schulde. Dabei bedeute das Wort "objektiv" vor allem: unabhängig vom Belieben der Beteiligten. Eine solche Objektivität könne zwar in den Fällen bejaht werden, in denen eine Leistung erbracht oder ein Vorteil in Anspruch genommen werde, für welche(n) die Gegenleistung typisiert, d.h.von vornherein und für eine Vielzahl von Fällen festgelegt sei[9]. Wo aber die Parteien Art und Höhe der Gegenleistung frei vereinbaren wollten, komme ein auf Erfüllung gerichteter Schadensersatzanspruch nicht in Betracht. Andernfalls verlöre das Schadensersatzrecht seine Funktion als Instrument für einen nach objektiv bestimmten Merkmalen zu bewirkenden Ausgleich von Vermögensinteressen.

Die Auffassung von Battes kann, jedenfalls in dieser allgemeinen Formulierung, nicht überzeugen. Battes hat in erster Linie den Sachverhalt im Auge, daß eine Partei im Falle

---

7) JZ 1969, S. 683 (686/685);

8) Battes wendet sich zunächst (S. 685) gegen den Vorschlag Fikentschers, den Begriff des Wertersatzes im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB dergestalt zu erweitern, daß auch die (wenngleich mangelhaft) versprochene Gegenleistung darunter fällt. Bei seiner Erörterung der schadensersatzrechtlichen Lösung (S. 686) verweist er dann auf seine Ausführungen zum Bereicherungsrecht;

9) Battes denkt hier an die sogen. faktischen Vertragsverhältnisse, vgl. JZ 1969, S. 685 zu FN 28.

beiderseits bewußten Formmangels die andere durch ihre Zusage oder ihr sonstiges Verhalten dazu veranlaßt, ihre Leistung zu erbringen und nun aus c.i.c. auf Erbringung des zugesicherten Entgelts in Anspruch genommen wird. Hier scheidet allerdings ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. aus. Das aber nicht aus den oben dargelegten Gründen, sondern - wie noch zu zeigen ist[10] - wegen Fehlens des haftungsbegründenden Tatbestandes. Nun ist Battes zwar insoweit zuzustimmen, als er meint, das Bereicherungsrecht solle von seiner Funktion her einen Ausgleich fehlgegangener Vermögensdispositionen durch Rückabwicklung bewirken. Ein ähnlicher Grundsatz läßt sich jedoch für das Schadensersatzrecht weder allgemein noch für die Fälle aufstellen, in denen die Gegenleistung individuell ausgehandelt werden sollte oder ausgehandelt worden ist. Es entspricht vielmehr der allgemeinen Meinung, daß gem. § 249 S. 1 BGB auch Herstellung eines Zustandes verlangt werden kann, der vor der Schädigung noch nicht bestand, sofern er nur ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Für eine Differenzierung zwischen den Fällen mit typisierter und denen mit individuell auszuhandelnder oder ausgehandelter Gegenleistung findet sich in den §§ 249 ff BGB sowie den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Der Auffassung, daß der auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages gerichtete Schadensersatzanspruch ganz allgemein oder doch in den Fällen individuell ausgehandelter Verträge dem Begriff des Schadensersatzes widerspricht, ist daher nicht zu folgen.

Die Ansicht des Bundesgerichtshofs, Schadensersatz und Vertragserfüllung seien miteinander unvereinbare Größen, steht aber auch im Widerspruch zu dem von ihm an anderer Stelle verwendeten Schadensersatzbegriff. So ist insbesondere anerkannt, daß bei der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, sofern Fragen der Formnichtigkeit nicht auftauchen, das Erfüllungsinteresse grundsätzlich in Natur zu ersetzen ist[11].

---

[10] Siehe dazu § 11 der Arbeit;

[11] Staudinger-Weber, § 242, A 429 m.w.N.

Der Bundesgerichtshof hat daher zu Recht keine Bedenken gehabt, einen Schadensersatzanspruch auf die vertragliche Leistung dort zu gewähren, wo diese vertragliche Leistung von vornherein auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist[12]. So ist eine Schadensersatzhaftung aus c.i.c. auf Erbringung der vertraglichen Leistung beispielsweise im Versicherungsrecht anerkannt[13]. Eine Differenzierung danach, ob die Vertragsleistung auf Zahlung einer Geldsumme oder auf Erbringung einer anderen Leistung gerichtet ist, läßt sich jedoch vom Begriff des Schadensersatzes her nicht rechtfertigen. Auch die Zahlung einer Geldsumme auf Grund der Schadensersatzpflicht ist hier "Vertragserfüllung".

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs, Schadensersatz und Vertragserfüllung seien nicht miteinander vereinbar, steht auch im Widerspruch zu den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung. In dem Ausbietungsfall[14] hat das Reichsgericht einen Schadensersatzanspruch zugelassen, der sich im wirtschaftlichen Ergebnis vollkommen mit dem Erfüllungsanspruch deckte, und

---

12) Vgl. BGH in NJW 1968, S. 547 f, wo der Geldanspruch nur aus Gründen der Verjährung abgelehnt wurde;

13) BGHZ 4o/22 ff (gleichzeitig zum Unterschied von c.i.c. und der gewohnheitsrechtlichen Repräsentantenhaftung im Versicherungsrecht); Köbler, VersR 1969, S. 773 m.w.N.

Zur Bürgschaft siehe Heldrich in ACP Bd. 147, S. 89 (114); Böse, Diss., S. 39/4o. Die Rechtsprechung hat dazu noch nicht Stellung genommen, vgl. BGH in WM 1962, S. 575 (576 m.w.N. zur Lösung nach § 242 BGB);

14) RG in JW 1918, S. 217 f mit zustimmender Anm. von Stillschweig, ebenda. Der Beklagte hatte sich der Klägerin gegenüber verpflichtet, bei Versteigerung des Grundstücks die zweitrangige Hypothek der Klägerin herauszubieten. Der Beklagte erschien nicht zum Termin, so daß die Klägerin das Grundstück selbst ersteigern mußte. Mit der Klage verlangte sie vom Beklagten Übernahme des Grundstücks gegen Zahlung der Erwerbskosten und gegen Wiedereintragung der Hypothek zu den alten Bedingungen. Das Reichsgericht gab der Klage statt.

dazu ausgeführt, dieser Erfolg des Schadensersatzanspruchs sei gerade von § 249 BGB bezweckt. Und der Bundesgerichtshof selbst hat im Drainagefall[15] den beklagten Architekten aus § 635 BGB zum Verlegen einer Drainage verurteilt und sich der hier aufdrängenden Folgerung, daß ein Schadensersatzanspruch auf Erfüllung der Vertragspflicht gewährt wird, allein durch die Erwägung entzogen, der Architekt schulde vertraglich nicht das Bauwerk als körperliche Sache, sondern nur dessen sorgfältige Planung sowie die genaue Überwachung der Planausführung. Diese Begründung erscheint gekünstelt[16]. Jedenfalls ist sie nicht durch Erwägungen zum Schadensersatzbegriff, sondern ausschließlich dadurch motiviert, daß es mit dem Sinn der speziellen Vorschrift des § 635 BGB unvereinbar wäre, im Ergebnis auf den Erfüllungsanspruch zurückzugreifen[17]. Die gleiche Interessenlage wie in § 635 BGB findet sich auch in den Vorschriften der §§ 179 Abs. 1, 286 Abs. 2 S. 1 und 326 Abs. 1 S. 2 BGB. Auch hier würde sich der Schadensersatzberechtigte durch Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs auf Erfüllung mit seinem vorherigen Verhalten in Widerspruch setzen[18]. Bei dem hier zu behandelnden Schadensersatzanspruch auf Grund schuldhaften Verhaltens bezüglich der Formbedürftigkeit liegen derartige Gründe jedoch nicht vor. Die Gewährung eines Erfüllungsanspruchs widerspricht damit weder dem Schadensersatzbegriff der §§ 249, 252 BGB noch dem Prinzip des venire contra factum proprium[19].

---

15) BGH in NJW 1962, S. 39o;

16) ablehnend auch Schmalzl, Anm. zu BGH (FN 15) in NJW 1962, S. 735 f; zustimmend jedoch Erman, § 631, Anm. 5 b;

17) BGH in NJW 1962, S. 39o;

18) zu § 179 Abs. 1 BGB: Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 179, Rdnr. 19. Zu § 286: Palandt-Heinrichs, § 286, Anm. 3; vgl. ferner auch Pieper in JuS 1962, S. 4o9 (411 m.w.N.);

19) ebenso Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (113).

Dem entspricht es auch, wenn das Reichsgericht bei der Entwicklung seiner Rechtsprechung zur Formnichtigkeit keine Bedenken gehabt hat, zunächst aus § 826 BGB und dann auch aus c.i.c. einen Schadensersatzanspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages zu geben[20]. Zwar ist der vom Reichsgericht eingeschlagene Weg schließlich als ungangbar erkannt worden, da gerade bei arglistigem Verhalten nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Vertrag formgültig zustandegekommen wäre[21]. Doch wenn auch das Reichsgericht die schadensersatzrechtliche Lösung später nicht mehr bemüht und statt dessen stets mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gearbeitet hat[22], so zeigt diese Rechtsprechung doch, daß das Reichsgericht die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages keineswegs für unvereinbar mit dem Schadensbegriff des § 249 BGB hielt. Die Tatsache, daß der BGH den vermeintlichen Gegensatz von Schadensersatz und Vertragserfüllung nur im Zusammenhang mit formnichtigen Verträgen herausstellt, macht zudem deutlich, daß es hier im Grunde gar nicht um den Begriff des Schadensersatzes, sondern um den sogleich zu erörternden Begriff der Formnichtigkeit geht. Der Schadensersatzbegriff steht der Gewährung eines Ersatzanspruchs aus c.i.c. auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages daher nicht entgegen.

2. Außerkraftsetzung des § 313 BGB

Auch der weiteren Begründung des Bundesgerichtshofs, der Schadensersatzanspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages laufe auf eine Außerkraftsetzung der Formvorschrift

---

20) Vgl. RGZ 107/357 (364 f); 115/35 (44); 159/33 (57);

21) Boehmer, Grundlagen II, 2, S. 97 f;

22) diesen Einwand hat das Reichsgericht zuletzt schon bei fahrlässigem Verhalten eines Teils zugelassen, vgl. Nachweise bei Marschall v. Bieberstein, NJW 1965, S. 1014 f.

des § 313 BGB hinaus, kann nicht gefolgt werden. Denn von einer Außerkraftsetzung des § 313 BGB kann zu Recht nur gesprochen werden, wenn diese Vorschrift auch für den auf Erfüllung gerichteten Schadensersatzanspruch entsprechend anwendbar ist[23]. § 313 BGB, der direkt nur den vertraglichen Erfüllungsanspruch betrifft, könnte auf den schadensersatzrechtlichen Erfüllungsanspruch aber nur dann entsprechend angewendet werden, wenn Sinn und Zweck des § 313 BGB durch einen solchen Schadensersatzanspruch berührt würden. Wie oben[24] dargelegt, haben die h.M. und mit ihr der Bundesgerichtshof zu Recht keine Bedenken hinsichtlich der Formzwecke des § 313 BGB, einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld zu gewähren. Wenn sich der Bundesgerichtshof nun bei der Frage der Naturalrestitution doch auf die einzelne Formvorschrift beruft, so stünde das in Widerspruch zu seiner Entscheidung bezüglich des Geldersatzes, sofern nicht hinsichtlich der Zwecke des § 313 BGB ein wesentlicher Unterschied zwischen Geldersatz und Naturalrestitution besteht und diese Zwecke zwar noch bei Gewährung eines Anspruchs auf Geldersatz, nicht aber bei der Naturalrestitution gewahrt blieben.

Eine solche Feststellung läßt sich nicht treffen. Was den Schutz der Parteien vor Übereilung betrifft[25], so würde die Verpflichtung zur Übereignung des formnichtig verkauften Grundstücks den Schadensersatzpflichtigen zwar häufig

---

23) Insofern unterscheidet sich die Problematik hier ganz wesentlich von der Frage der unzulässigen Rechtsausübung. Dort geht es um den vertraglichen Erfüllungsanspruch. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 313 BGB ist daher unproblematisch. Fraglich ist daher nur, ob trotz Eingreifens des § 313 BGB die Nichtigkeitsfolge ausgeschlossen werden kann;

24) siehe oben, S. 88 zu FN 4, S. 99 ff der Arbeit;

25) spezielle öffentlich-rechtliche Belange sind hier unbeachtlich. Diese werden ausschließlich von den dazu zuständigen Behörden wahrgenommen, RGZ 115/35 (43/44); RG in JW 1928, S. 168 ff; a.A. Staudinger-Weber, § 242, D 469.

schlechter stellen als die Verpflichtung zum Geldersatz. Er würde nämlich das Grundstück mit allen Nutzungsmöglichkeiten und späteren Wertsteigerungen verlieren. Auch der Gesetzgeber hat gerade die Bewahrung des Grundeigentums mit Rücksicht auf dessen wirtschaftliche und soziale Bedeutung als Existenzgrundlage der Familie sichern wollen[26]. Gleichwohl rechtfertigt dieser Unterschied keine andere Behandlung des Schadensersatzanspruchs auf Naturalrestitution. Denn die Frage der Existenzgrundlage ist häufig auch bei der Pflicht zur Naturalrestitution nicht berührt. Man denke an den Fall, daß das Grundstück für den Verkäufer nicht Existenzgrundlage, sondern Handelsobjekt ist, wie das bei den Wohnungsbaugesellschaften der Fall ist. Ähnliches gilt für den Fall, daß die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung nicht vom Verkäufer, sondern vom Käufer vorgenommen wurde. In diesen Fällen spielt der Charakter des Grundstücks als Existenzgrundlage für die Frage der Naturalrestitution keine Rolle. Andererseits kann die Frage der Erhaltung des Grundstücks als Existenzgrundlage auch bei der Verpflichtung zum Geldersatz akut werden. Häufig wird nämlich schon dieser Anspruch praktisch zum Verlust des Grundstücks führen, wenn etwa der Schadensersatzpflichtige die dazu erforderlichen Mittel nur durch den Verkauf des Grundstücks aufbringen kann, oder aber wenn er es zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen vorzieht, den formnichtigen Kaufvertrag zu erfüllen. Zudem dürfte eine derartige Differenzierung dem Gesetzgeber durchaus ferngelegen haben. Der Formzweck des Übereilungsschutzes wiegt bei der Naturalrestitution daher zumindest nicht wesentlich schwerer als beim Geldersatz. Diesem Schutzzweck ist aber auch in beiden Fällen dadurch Genüge getan, daß das Erfüllungsinteresse und damit auch die Erfüllung des formnichtigen Vertrages in Natur nur dann verlangt werden kann, wenn feststeht, daß der Vertrag auch unter Wahrung des Formzwecks

---

26) Motive II, S. 19o; Protokolle I, S. 459 und 461.

formgerecht abgeschlossen worden wäre[27]. Der Formzweck des Übereilungsschutzes schließt den Schadensersatzanspruch auf Erfüllung daher nicht aus.
Das gleiche gilt für den von § 313 BGB verfolgten Zweck, über das Zustandekommen des Vertrages und seinen Inhalt dauerhaften Beweis zu erbringen[28]. Dieser Zweck dient den Belangen beider[29] Parteien[3o]. Er wird, soweit das Beweisinteresse des Schadensersatzpflichtigen[31] berührt ist, durch die Gewährung eines auf Erfüllung gerichteten Schadensersatzanspruchs tangiert. Den Parteien steht zur Durchsetzung ihrer Rechte bzw. zur Abwehr unberechtigter Ansprüche kein dem § 313 BGB entsprechendes Beweismittel zur Verfügung.

Dem Zweck der Beweissicherung kann m.E. auch nicht, wie Reinicke[32] meint, durch Zuerkennung eines Anspruchs auf formgerechte Wiederholung des Vertragsabschlusses Genüge getan werden. Zwar ergibt sich ein solcher Anspruch rechtstechnisch in diesen Fällen ohne weiteres aus der Vorschrift des § 249 BGB[33]. Es besteht auch für einen solchen Anspruch bei prinzipieller Anerkennung eines Erfüllungsanspruchs bei

---

27) Siehe oben, S. 1o3 ff der Arbeit;

28) Protokolle I, S. 461. Diesen Zweck hält das OLG Koblenz, DRZ 1949, S. 4o ff, für verletzt;

29) vgl. RGZ 164/162 (17o) zu § 15 Abs. 3 GmbHG;

3o) zu den allgemeinen öffentlichen Belangen (des § 125 BGB) siehe unten, S. 129 der Arbeit;

31) das Beweisinteresse des Schadensersatzberechtigten steht dem Ersatzanspruch nicht entgegen, da man sonst den Schutzzweck der Norm gegen die zu schützende Partei ausspielen würde;

32) Reinicke, Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112);

33) Reinicke, ebenda; ebenso schon Bergdolt, Diss., S. 54; vgl. auch Matthießen in DGWR 1938, S. 213 (219). Es ließe sich auch an eine Analogie zu § 127 S. 2 BGB denken. Ein solcher Anspruch ergibt sich allerdings weder allein aus dem nichtigen Vertrag (BGH in WM 1965, S. 315 (316); in MDR 1963, S. 837) noch aus der bloßen Aufnahme von Vertragsverhandlungen (siehe oben, S. 9o FN 1o der Arbeit), sondern allein aus § 249 BGB.

Grundstückskaufverträgen schon mit Rücksicht auf § 925a BGB zur Durchsetzung dieses Erfüllungsanspruchs ein unabweisbares Bedürfnis[34]. Er ist sogar in den Fällen, in denen nur ein formnichtiger V o r vertrag geschlossen wurde, die einzig mögliche Form der Naturalrestitution, da man dem Schadensersatzberechtigten mit dem Anspruch auf die Vertragsleistung hier mehr zugestehen würde, als er bei Wirksamkeit des Vorvertrages haben würde[35]. Ein solcher Anspruch auf formgerechte Wiederholung des Vertragsabschlusses würde auch nicht, wie Esser[36] meint, dem Grundsatz der Privatautonomie widersprechen. Daß dieser Grundsatz durch die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf das Erfüllungsinteresse in Geld nicht verletzt wird, ist bereits oben[37] nachgewiesen worden und entspricht auch der Auffassung Essers[36]. Das gleiche gilt dann aber auch für den Erfüllungsanspruch und den dazu erforderlichen formgerechten Neuabschluß, auch wenn hier ein echter Kontrahierungszwang wirksam wird. Denn auch insoweit wird nur der Zustand hergestellt, der dem Willen des Schadensersatzpflichtigen bei Vertragsschluß entspricht. Ein Anspruch auf Neuabschluß des formnichtigen Vertrages ist

---

34) Praktisch hat der klagende Käufer zu beantragen, den Verkäufer zu verurteilen, (1.) ein Vertragsangebot zu den Bedingungen des formnichtigen Vertrages abzugeben, (2.) die Auflassungserklärung abzugeben und (3.) die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen. Nach Rechtskraft des obsiegenden Urteils nimmt der Kläger die Angebote zu (1) und (2) (vgl. § 894 ZPO) vor einem Notar an und beantragt beim Grundbuchamt seine Eintragung als Eigentümer;

35) hier hätte er nur einen Anspruch auf Abschluß des endgültigen Kaufvertrages und nicht schon auf die Vertragsleistung, Sieg in NJW 1951, S. 506 (509);

36) Schuldrecht I, § 6 III 3 c, S. 38/39; § 52 IV 2 FN 21, S. 379;

37) vgl. oben, S. 95 f der Arbeit.

daher durchaus anzuerkennen[38]. Er ist jedoch nur bedingt geeignet, dem Formzweck der Beweissicherung Genüge zu tun. Gerade bei der Geltendmachung dieses Anspruchs würde doch die Frage akut, ob und mit welchem Inhalt der Vertrag (formnichtig geschlossen wurde und folglich) formwirksam geschlossen worden wäre. Mit der Gewährung eines solchen Anspruchs wird das Problem der Beweissicherung somit nur verlagert.

Gleichwohl steht der Formzweck der Beweissicherung einem Erfüllungsanspruch nicht entgegen. Denn zum einen kommt dem Formzweck der Beweissicherung im Rahmen des § 313 BGB gegenüber der überragenden Bedeutung des Übereilungsschutzes nur sekundäre Bedeutung zu[39]. Zum anderen unterscheiden sich die Beweisschwierigkeiten bei Geltendmachung des schadensersatzrechtlichen Erfüllungsanspruchs nicht wesentlich von denen, die bei der Geltendmachung eines auf Geldzahlung gerichteten Schadensersatzanspruchs bestehen. Wird das Erfüllungsinteresse in Geld verlangt, so müssen nämlich ebenfalls Abschluß und Inhalt des Vertrages nachgewiesen werden. Das gleiche gilt selbst bei Geltendmachung des negativen Interesses, sofern dieses möglicherweise das Erfüllungsinteresse übersteigt, da das negative Interesse hier nur bis zur

---

38) So Reinicke in Der Betrieb 1967, S. 1o9 (112); Böse, Diss., S. 26 und S. 34. Vgl. zu § 826 BGB Hoeniger, DNotV 19o9, S. 673 (686).
Ablehnend gegenüber einem solchen Anspruch Lange, Allg. Teil, § 42 III 2, S. 271 arg. Leerlauf; Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (219) arg. Formzweck; unklar Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 ff, der einen solchen Anspruch für § 242 BGB zwar bejaht (S. 177), ihn jedoch für den Schadensersatzanspruch ablehnt (S. 168), da § 249 BGB nicht fordere, daß die Hèrstellung des Zustandes... gerade auf dem Weg erfolgt, auf dem man sonst das Ziel erreicht hätte;

39) vgl. Protokolle I, S. 46o f. In der Literatur wird daher zum Teil nur der Zweck des Übereilungsschutzes erörtert. Vgl. Medicus, JuS 1965, S. 2o9 (214); Gernhuber, a.a.O., S. 176.

rechnerischen Höhe des Erfüllungsinteresses zu ersetzen ist[40]. Aus dem Gesichtspunkt des Formzwecks der Beweissicherung ist eine unterschiedliche Behandlung des Geldersatzes und der Naturalrestitution nicht gerechtfertigt. Bezüglich des Anspruchs auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld wurde aber bereits nachgewiesen, daß durchgreifende Bedenken aus Gründen der Beweissicherung nicht bestehen[41]. Auch der Bundesgerichtshof[42] hat insofern keine Bedenken. Daher ist es inkonsequent, diesen Formzweck nun gegen den Schadensersatzanspruch auf Erfüllung in Natur ins Feld zu führen. Die Begründung des Bundesgerichtshofs, ein Schadensersatzanspruch auf Naturalrestitution wäre Vertragserfüllung und kein Schadensersatz und würde auf eine Außerkraftsetzung des § 313 BGB hinauslaufen, ist somit, wenn man zunächst von der allgemeinen Vorschrift des § 125 BGB absieht, unzutreffend.

3. Außerkraftsetzung des § 125 S. 1 BGB

Die Gewährung eines auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruchs könnte aber der in § 125 S. 1 BGB angeordneten Nichtigkeit des formfehlerhaften Vertrages widersprechen. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs wäre daher im Ergebnis zutreffend, wenn der Regelung des § 125 S. 1 BGB zu entnehmen wäre, daß nicht nur der rechtsgeschäftliche Erfüllungsanspruch ausgeschlossen sein soll, sondern der Erfüllungsanspruch schlechthin, gleichviel aus welchem Rechtsgrund[43]. Ließe sich der Begriff der Formnichtigkeit dahingehend auslegen, würde die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf die Erfüllung des formnichtigen Vertrages in der Tat eine Aushöhlung des § 125 S. 1 BGB (und damit

---

40) Siehe oben, S. 7o ff der Arbeit;
41) siehe oben, S. 1o8 f der Arbeit;
42) Nachweise oben, S. 88 FN 4 der Arbeit;
43) so Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (219).

mittelbar auch des § 313 BGB) darstellen. Einer solchen Aushöhlung des § 125 S. 1 BGB dürfte nicht zugestimmt werden, da das fahrlässige Verhalten für sich allein nicht ausreicht, die Formvorschriften beiseite zu schieben[44].

Über die Definition des Nichtigkeitsbegriffs herrscht in der Rechtsprechung und der Literatur seit Schaffung des BGB Unklarheit. Nach der einen Auffassung[45] besagt der Begriff der Nichtigkeit, daß die rechtsgeschäftlich beabsichtigten Folgen wegen des Nichtigkeitsgrundes nicht eintreten können. Das Rechtsgeschäft werde so behandelt, als sei es überhaupt nicht abgeschlossen worden. Zwar könnten sich aus dem äußeren Tatbestand des nichtigen Rechtsgeschäfts u.U. Wirkungen ergeben, es könnten aber niemals die beabsichtigten sein. Nach der Gegenauffassung[46] bewirkt die angeordnete Nichtigkeit nichts anderes, als daß der Vertrag nicht die beabsichtigten Folgen auslöst. Ob diese Rechtsfolge dauernd bestehen soll, sei eine andere Frage.

Abgesehen davon, daß auch die Vertreter der erstgenannten Auffassung ihren weiten Nichtigkeitsbegriff nicht lückenlos durchführen, sondern ebenfalls unter bestimmten Voraussetzungen den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zulassen[47], sind die beiden geschilderten Auffassungen zum Nichtigkeitsbegriff für das hier anstehende Problem nur bedingt verwendbar. Denn aus dem Zusammenhang ergibt sich jeweils, daß lediglich die Frage der Aufrechterhaltung r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e r Ansprüche entgegen

---

44) Nachweise oben, S. 35 FN 11 der Arbeit;

45) RGR-BGB, Krüger-Nieland, § 125, Anm. 1; ähnlich schon Crome, System Bd. I, 2, § 8o, 1 I 1, S. 346; noch strenger Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 86;

46) Enneccerus-Nipperdey, § 154 III 4 FN 23, S. 96o; ähnlich schon Endemann, Lehrbuch I, § 74 a, S. 316;

47) vgl. RGR-BGB, Krüger-Nieland, § 125, Anm. 7 ff. Zu Diskrepanz von Begriff und praktischer Bewertung der Nichtigkeit vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 16.

§ 125 BGB erörtert wird. Zu der hier interessierenden Frage, ob trotz der Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages ein Erfüllungsanspruch aus anderen Rechtsgründen erwachsen kann, enthalten die obengenannten Stimmen unmittelbar nichts.

Obwohl diese Frage für unser Problem von ausschlaggebender Bedeutung ist, wurde sie bisher, soweit ersichtlich, nur von einigen Autoren berührt. Dabei hat Matthießen[48] die Ansicht vertreten, der Schadensersatzanspruch auf Vertragserfüllung würde einen Einbruch in die vom Gesetz angeordnete Nichtgewährung eines Erfüllungsanspruchs bedeuten. Und Fischer[49] meinte, die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts sei für den Schadensersatz "jene unumstößliche Tatsache, an welcher auch die Schadensbeseitigung nicht rütteln darf". Andernfalls würde der Schadensersatz das nichtige Rechtsgeschäft zu einem gültigen machen. Larenz[50] und Reinicke[51] sind dagegen der Auffassung, daß § 125 ausschließlich für den rechtsgeschäftlichen Erfüllungsanspruch von Bedeutung sei, andere Anspruchsgrundlagen aber nicht betreffe.
Diese letztere Auffassung halte ich für zutreffend. Da das Gesetz selbst keine Definition der Nichtigkeit enthält, ist die Bedeutung dieses Begriffs nach allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln. Nach § 125 S. 1 BGB ist "ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ...nichtig". Nach dem Wortlaut des § 125 BGB bezieht sich die Nichtigkeit damit nur auf das Rechtsgeschäft, d.h. den vertraglichen Erfüllungsanspruch, nicht aber auf den rechtlich davon zu unterscheidenden Schadensersatzanspruch, mag dieser auch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages gerichtet sein. Andererseits zeigt die historische Auslegung,

---

48) DGWR 1938, S. 213 (218/19);
49) Fischer, Schaden nach dem BGB, S. 116;
50) Schuldrecht I, § 10 III, S. 121;
51) in Der Betrieb 1967, S. 109 (113).

daß der Gesetzgeber mit der Anordnung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts den Erfüllungsanspruch aus dem der formfehlerhaften Eingehung des Vertrages zugrundeliegenden Sachverhalt schlechthin ausschließen wollte. Denn er ging bei der Erörterung des § 125 BGB davon aus[52], daß sich nur zwei Alternativen gegenüberstünden: entweder ist das Rechtsgeschäft formwirksam, und es besteht ein Erfüllungsanspruch; oder das Rechtsgeschäft ist formfehlerhaft, und es besteht kein Erfüllungsanspruch. Die dritte Möglichkeit, trotz Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts über das Schadensersatzrecht zu einem Erfüllungsanspruch zu kommen, hat der Gesetzgeber nicht erörtert. Sie hat ihm auch ferngelegen. Vielmehr ging er ohne jede Einschränkung[53] davon aus, daß bei Nichtigkeit des Vertrages die bereits erbrachte Leistung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden könne, ein Leistungsanspruch mithin nicht begründet sei[54]. Die die Auffassung des Gesetzgebers berücksichtigende historische Auslegung führt somit zu dem weiten Nichtigkeitsbegriff, nach dem durch § 125 BGB der Erfüllungsanspruch schlechthin ausgeschlossen ist.

Diese historische Auslegung ist jedoch für die endgültige Auslegung des Nichtigkeitsbegriffs schon wegen des entgegenstehenden Wortlauts des § 125 BGB nicht allein ausschlaggebend. Weiter spielt es aber hier eine Rolle, daß Formvorschriften und damit auch § 125 BGB Ausnahmevorschriften vom Grundsatz der Formfreiheit und als solche nach allgemeinen

---

52) Motive I, S. 178 ff (183);

53) abgesehen vom Fall der Heilung, z.B. § 313 S. 2 BGB, und der Umdeutung, § 14o BGB;

54) Motive I, S. 183 Rdnr. 5

Prinzipien in der Regel restriktiv auszulegen sind[55]. Zudem kommt dem Umstand eine ganz besondere Bedeutung zu, daß der Gesetzgeber ausschließlich zwischen der Vertragstreue und dem Formzweck abgewogen, die Möglichkeit der Begründung eines Erfüllungsanspruchs auf Grund des Schadensersatzrechts aber gar nicht bedacht hat[56].

Letztlich entscheidend scheint mir aber zu sein, daß die Ausdehnung der Nichtigkeit auch auf andere als die rechtsgeschäftlichen Erfüllungsansprüche vom Sinn und Zweck des § 125 BGB (sowie des § 313 BGB) nicht gefordert wird. Denn Zweck dieser Vorschrift ist es, die Einhaltung der Formvorschriften durch die Parteien zu erzwingen, die andernfalls geneigt sein könnten, die Formvorschriften etwa aus Kostengründen zu mißachten[57]. Dieser Zweck wird durch die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf die Vertragsleistung in Natur ebensowenig beeinträchtigt, wie durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld[58]. Denn der Ersatzanspruch entfällt ganz, wenn die Parteien willkürlich gegen das Formgebot verstoßen und trotz Kenntnis der Formbedürftigkeit den Vertrag formfehlerhaft abschließen. Zudem wäre, wie oben gezeigt[59], die Versagung eines solchen Anspruchs keineswegs geeignet, die Einhaltung der Formvorschriften zu fördern. Der Zweck des § 125 BGB, die Einhaltung der einzelnen Form-

---

55) Erman-Westermann, Vorbem. 1 vor §§ 125-129; Planck-Siber, § 313, Anm. 1 e; Schwark, ZRP 1970, S. 37 m.w.N.; Danz, Auslegung, S. 186. Damit ist nicht gemeint, daß die Formvorschrift für den rechtsgeschäftlichen Anspruch schon dann unbeachtlich ist, wenn der Zweck der Formvorschrift im Einzelfall nicht berührt oder auf andere Weise gewahrt ist. Vgl. in diesem Sinne aber die auf S. 3 FN 16 d. Arbeit Zitierten;

56) vgl. Motive I, S. 178 (183); ähnlich Battes, JZ 1969, S. 683 (684);

57) Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c aa, S. 276; Larenz I, § 1o III, S. 121; Endemann, Lehrbuch I, S. 317;

58) siehe dazu oben, S. 1o2 f der Arbeit;

59) siehe oben, S. 1o2 der Arbeit.

vorschriften zu erzwingen, rechtfertigt somit auch nicht den Ausschluß des auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruchs.

Bedenken könnten sich allerdings hinsichtlich des weiteren, von § 125 BGB im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit verfolgten Zwecks ergeben, Prozesse zu vermeiden oder doch zu verkürzen[60]. Denn bei einem auf Erfüllung in Natur gerichteten Schadensersatzanspruch tritt die zusätzliche Beweisschwierigkeit auf, auch die einzelnen konkreten Vertragsbestimmungen festzustellen. M.E. ist dieser Unterschied jedoch nicht sehr gewichtig. Jedenfalls rechtfertigt er nicht eine unterschiedliche Behandlung des Erfüllungsinteresseanspruchs auf Geldersatz und des auf Naturalrestitution gerichteten Ersatzanspruchs. Wenn man also der hier vertretenen Auffassung folgt, daß die Formzwecke des § 125 BGB einem Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld nicht entgegenstehen, so muß das konsequenterweise auch für den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Natur gelten. Auch Sinn und Zweck des § 125 BGB erfordern daher nicht, den Funktionsbereich dieser Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auszudehnen. Damit ergibt die Auslegung, daß sich § 125 S. 1 BGB ausschließlich auf den rechtsgeschäftlichen Erfüllungsanspruch bezieht.
Aus diesem Grund geht auch die Erwägung fehl, durch einen solchen Schadensersatzanspruch würden die Formvorschriften schon bei fahrlässigem Verhalten ausgeschaltet und damit ausgehöhlt[61]. Denn die einzelnen Formvorschriften betreffen den auf Erfüllung gerichteten Schadensersatzanspruch ebensowenig wie die Vorschrift des § 125 S. 1 BGB. Greifen diese Vorschriften aber weder direkt noch analog ein, so kann auch nicht von ihrer Ausschaltung oder Umgehung gesprochen werden.

---

60) Vgl. Staudinger-Kaduk, § 313, Rdnr. 1; Erman, § 313, Anm. 1 m.w.N.;

61) so aber Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 21; Palandt-Danckelmann-Heinrichs, 28. Aufl., § 276, Anm. 6 c.

Das Problem liegt hier anders[62] als bei der Frage des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs läßt sich daher auch nicht mit der Begründung halten, die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages widerspreche der Anordnung der Formnichtigkeit in § 125 S. 1 BGB.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß in den Fällen, in denen das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist, der Schadensersatzberechtigte entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs und in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung in der Literatur nach seiner Wahl Ersatz dieses Interesses in Geld oder in Natur, d.h. durch Erfüllung des formnichtigen Vertrages verlangen kann.

---

[62] Siehe dazu oben, S. 119 FN 23 der Arbeit.

Zweiter Teil: Die Haftung wegen culpa in contrahendo beim formnichtigen Abschluß sonstiger Rechtsgeschäfte

Im ersten Teil dieser Arbeit ist die Problematik der Haftung wegen c.i.c. anhand der für die Praxis besonders wichtigen Fälle des formnichtigen Grundstückskaufvertrages erörtert worden. Im folgenden ist nun zu untersuchen, welche Abweichungen sich bei dem formnichtigen Abschluß sonstiger Rechtsgeschäfte ergeben.

§ 6 Die Haftung wegen culpa in contrahendo bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften

Wenn auch bei der Haftung aus c.i.c. der Kaufvertrag im Vordergrund steht[1], so bestehen doch keine grundsätzlichen Bedenken, die c.i.c. auch bei sonstigen gegenseitigen Verträgen anzuwenden. Eine solche Haftung ist daher zu Recht beim Abschluß von Miet-[2], Dienst- und Werkverträgen[3] sowie nicht zum Schuldrecht gehörenden Verpflichtungsverträgen, wie Erbschaftskauf-[4], Arbeits-[5] und Versicherungsverträgen[6] bejaht worden. Da bei diesen Verträgen jedoch Formprobleme nicht oder nur selten auftauchen, sollen sie hier außer Betracht bleiben. Soweit der Abschluß eines Vertrages über den Verkauf des gegenwärtigen Vermögens (§ 311 BGB) oder der Abschluß eines Vertrages zwischen künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil eines von ihnen (§ 312 Abs. 2 BGB) in Frage steht, bestehen gegenüber der Anerkennung einer

---

1) Hier hat auch die Rechtsprechung zur c.i.c. ihren Ausgangspunkt. Vgl. RGZ 78/239 (Linoleumrolle-Fall);

2) Soergel-Reimer Schmidt, Vorbem. 8 und 9 zu § 275 m.w.N.;

3) ebenda;

4) dieser Vertrag ist rein obligatorischer Art. Vgl. Motive II, S. 353;

5) BAG in NJW 1964, S. 1197 ff. Zu den Formvorschriften im Arbeitsrecht siehe Schoner, BB 1969, S. 182 ff;

6) Köbler, VersR 1969, S. 773 ff m.w.N.

Haftung aus c.i.c. keine Bedenken, die über die bei § 313 BGB erörterte Problematik hinausgehen. Insoweit kann daher auf die Ausführungen im ersten Teil der Arbeit verwiesen werden.

Zweifelhaft ist die prinzipielle Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß allerdings bei Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften, die nur einen Teil zu einer Leistung verpflichten. Formprobleme können hier z.B. beim Schenkungsversprechen, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, bei der Bürgschaft und der Stiftung unter Lebenden entstehen. Diese Rechtsgeschäfte bedürfen der Schriftform[7], das Schenkungsversprechen sogar der notariellen Beurkundung[8].

Nehmen wir nun an, Onkel O habe seinem Neffen N für den Fall des Bestehens seines Examens einen Sportwagen versprochen und dem N auf Befragen in fahrlässiger Weise erklärt, zur Wirksamkeit des Vertrages bedürfe es (nur) der schriftlichen Abgabe des Schenkungsversprechens. Nachdem N das Examen bestanden hat, weigert sich O, das nur schriftlich abgegebene Versprechen zu erfüllen. Kann N nun Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erlitten hat, daß er im Vertrauen auf den Erwerb des Sportwagens sein altes Fahrzeug verschrotten ließ? Oder kann er, wenn er nachweist, daß ohne die nichtige Erklärung des O das Versprechen notariell beurkundet worden wäre, Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen?

Es ließe sich die Auffassung vertreten, auf seiten des allein Verpflichteten habe die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß in diesen Fällen deshalb auszuscheiden, weil der andere Teil selbst zu keiner Gegenleistung verpflichtet werde und daher in seinem Vertrauen nicht schutzwürdig sei. M.E. ist die Schutzwürdigkeit des Vertrauens jedoch nicht von der eigenen Leistungspflicht des Vertrauenden abhängig,

---

7) §§ 81, 766, 78o, 781 BGB;
8) § 518 BGB.

und zwar aus folgenden Gründen: Es besteht heute[9], trotz unterschiedlicher Formulierungen, in der Sache Einigkeit darüber, daß für die Anerkennung der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß die Erwägung maßgeblich ist, daß schon vor Abschluß eines Vertrages zwischen den Verhandlungspartnern ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, durch welches Sorgfaltspflichten geschaffen werden, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet[10]. Dabei steht der von Ballerstedt[11] aufgedeckte Gesichtspunkt der Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens im Vordergrund. Diese Erwägungen treffen aber auch für den einseitig verpflichtenden Vertrag sowie das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft zu. Auch hier vertraut der eine Teil darauf, daß der andere redlich handeln und die verkehrsübliche Sorgfalt beobachten werde. Es ist auch, soweit ersichtlich, bisher noch von keiner Seite behauptet worden, eine vom Vertrauenden übernommene, eigene Verpflichtung sei Voraussetzung dafür, daß sein Vertrauen als schutzwürdig anzuerkennen sei. Ballerstedt[12] hat vielmehr zu Recht betont, daß das Vertrauensverhältnis, gleichgültig welcher Art der erstrebte Vertrag ist, nicht als gegenseitiges oder überhaupt zweiseitiges Schuldverhältnis aufgefaßt werden kann. Man würde es aber als gegenseitiges Schuldverhältnis auffassen, wenn man die Übernahme einer eigenen Verpflichtung zur Voraussetzung für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens machen wollte. Die Haftung für c.i.c. greift daher schon aus diesem Grunde auch beim

---

9) Zu den älteren, überholten dogmatischen Begründungen siehe Staudinger-Weber, § 242, A 417;

10) BGH-Rechtsprechung zusammengestellt bei Nirk in Festschrift für Möhring, S. 385 ff; siehe auch Staudinger-Weber, § 242, A 416 f, A 779 f; RGR-BGB, Nastelski, § 276, Anm. 89, jeweils mit weiteren Nachweisen;

11) ACP Bd. 151, S. 501 (506/07); zustimmend Soergel-Reimer Schmidt, Vorbem. 5 zu § 275; Larenz, Schuldrecht I, § 4 V 3, S. 41 FN 3;

12) a.a.O., S. 504.

Abschluß von Verträgen und einseitigen, empfangsbedürftigen[13] Rechtsgeschäften ein, die nur einen Teil zu einer Leistung verpflichten.
Anders können auch die Ausführungen Reimer Schmidts[14], die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß passe grundsätzlich nur bei Austauschverträgen, nicht verstanden werden. Denn sie beziehen sich, wie der Zusammenhang zeigt[15], nur auf den Streit, ob für die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß bereits ein "sozialer Kontakt" ausreiche, wie Dölle[16] meint, oder ob mit Larenz[17] ein "geschäftlicher Kontakt" zu verlangen sei. Die Ausführungen Reimer Schmidts betreffen daher lediglich die sogen. Erhaltungspflichten.

Die Auffassung, nur derjenige sei in seinem Vertrauen schutzwürdig, der selbst eine Gegenleistung erbringe oder zu erbringen verspreche, widerspricht aber auch der Wertung des Gesetzes. § 521 BGB sieht für den Schenker eine Begrenzung seines Verschuldensmaßstabes auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vor. In anderen Fällen ist die Haftung des uneigennützig Handelnden auf diligentia quam in suis beschränkt[18]. Das Gesetz hat in diesen Fällen die Haftung nur gemildert, nicht ausgeschlossen. Für den Schenker ist folglich ein völliger Ausschluß der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn man mit der h.M.[19] den vertraglichen Haftungsmaßstab auf die vorver-

---

13) Fehlt allerdings der Erklärungsempfänger, so kann auch von der Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens keine Rede sein. Diese Einschränkung betrifft insbesondere die Stiftung, soweit sie durch einseitiges Rechtsgeschäft gegründet wird, Palandt-Danckelmann, § 81, Anm. 1;

14) in Soergel, Vorbem. 5 zu § 275;

15) besonders deutlich Soergel-Siebert, Reimer Schmidt (9. Aufl.) Vorbem. 5 zu § 275;

16) in ZStW Bd. 103, S. 67 ff (73/74, 79);

17) MDR 1954, S. 515 (518);

18) Nachweise bei Palandt-Heinrichs, § 277, Anm. 3;

19) Staudinger-Kaduk, § 307, Anm. 9 m.w.N.. Die h.M. ist m.E. zutreffend. Vgl. auch oben, S. 28 FN 71 der Arbeit.

tragliche Haftung bezieht. Ein Ausschluß der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß bei allen einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften und Verträgen widerspräche darüber hinaus der differenzierenden Regelung des Gesetzes, das eine Beschränkung der Haftung zwar bei der Schenkung, nicht aber bei der Bürgschaft, der Stiftung oder dem abstrakten Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis vorgesehen hat.
Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß greift daher grundsätzlich auch beim Abschluß eines (nur) einseitig verpflichtenden Vertrages ein, wie z.B. der Bürgschaft[20], dem Schenkungsversprechen[21], dem Schuldversprechen[22], dem Schuldanerkenntnis und dem vertraglichen[23] Stiftungsgeschäft. Das gleiche gilt auch für die einseitigen, verpflichtenden Rechtsgeschäfte. Doch spielen diese in unserem Zusammenhang keine Rolle, da sie entweder einer Form nicht bedürfen[24], oder aber mangels eines Erklärungsempfängers eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht hervorrufen können[25].

Da bei den einseitig verpflichtenden Verträgen eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, greift diese Haftung auch dann ein, wenn sich das schuldhafte vorvertragliche Verhalten auf die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages bezieht. Insoweit kann hier auf die Ausführungen im Ersten Teil der Arbeit verwiesen werden. Eine Abweichung dazu ergibt sich auch nicht im

---

20) Vgl. Palandt-Thomas, § 765, Anm. 3 c;

21) Larenz, Schuldrecht II, § 43 II a, S. 123 f;

22) offengelassen in RG in JW 1936, S. 1826 f für den besonderen Fall der Haftung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft;

23) das Stiftungsgeschäft unter Lebenden kann vertraglicher oder auch einseitiger Natur sein, Palandt-Danckelmann, § 81, Anm. 1;

24) so z.B. die Auslobung, §§ 657 ff BGB;

25) so die Stiftung unter Lebenden, soweit sie durch einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt. Vgl. Palandt-Danckelmann, § 81, Anm. 1.

Hinblick auf die Formzwecke der Vorschriften der §§ 518, 766, 78o und 781 BGB. Denn die Zwecke dieser Vorschriften gehen über die von § 313 BGB verfolgten Zwecke des Übereilungsschutzes und der Gewährleistung der Rechtssicherheit (Abschluß- und Inhaltsklarheit, Beweiserleichterung) nicht hinaus. Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ist daher auch dann gegeben, wenn beim Abschluß eines nur einseitig verpflichtenden Vertrages dem sich verpflichtenden Teil ein schuldhaftes vorvertragliches Verhalten hinsichtlich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages zur Last fällt.

§ 7 Die Haftung wegen culpa in contrahendo für ein Verhalten nach Abschluß des obligatorischen Vertrages, insbesondere bei sachenrechtlichen Verfügungen

Bisher wurde die Haftung für ein Verhalten erörtert, das zeitlich dem Abschluß des obligatorischen Vertrages voranging oder mit ihm zusammenfiel. Gegenstand dieses Paragraphen ist die c.i.c.-Haftung für ein zeitlich dem Abschluß des obligatorischen Vertrages nachfolgendes Verhalten. Denkbar ist hier, wie noch näher zu zeigen ist, daß sich das Verhalten auf die Formgültigkeit des (formnichtig) geschlossenen obligatorischen Vertrages oder aber auf die Formbedürftigkeit des noch zu schließenden Erfüllungsgeschäfts bezieht.

Die Anwendbarkeit des Instituts der c.i.c.[1] auf diese Fälle ist zweifelhaft. Rechtsprechung und Literatur haben, soweit ersichtlich, die Frage der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß bisher nur dort erörtert, wo ein vor oder bei Abschluß eines obligatorischen Vertrages beobachtetes Verhalten zur Diskussion stand. Dem entspricht es, daß die Vorschriften, die bei der Entwicklung der c.i.c.-Haftung zum Analogieschluß herangezogen worden sind[2], ausschließlich ein vor oder bei Abschluß des obligatorischen Vertrages beobachtetes Verhalten betreffen. Zudem beruht die Entwicklung des Instituts der c.i.c. in rechtspolitischer Hinsicht auf dem Bestreben, das Stadium der Vertragsverhandlungen nicht nur der deliktischen, sondern der strengeren vertraglichen

---

[1] Früher wurde zum Teil das nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis in der prozessualen Berufung auf die Formnichtigkeit gesehen, vgl. Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242, D 443, D 427. Diese Auffassung kann heute als überholt bezeichnet werden. Vgl. Staudinger-Weber, a.a.O.; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 22; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 35 f; Gernhuber, a.a.O., S. 154 f zu FN 17, S. 167;

[2] §§ 179, 307, 309, 443, 463, 523 Abs. 1, 524 Abs. 1; 540, 600, 637, 694. Vgl. Staudinger-Werner, Vorbem. 99 zu § 275. Kritisch zur Analogie Larenz, Allg. Schuldrecht, § 4 V, S. 40. § 122 BGB, in diesem Zusammenhang oft genannt, ist kein Fall der c.i.c., vgl. Staudinger-Werner a.a.O.

Haftung zu unterwerfen[3]. Aus diesen Gründen könnte die Auffassung vertreten werden, die Haftung für c.i.c. komme nur dann in Betracht, wenn ein Verhalten zu beurteilen ist, das zeitlich vor oder beim Abschluß des obligatorischen Vertrages erfolgte; für ein späteres Verhalten seien dagegen ausschließlich die gesetzlichen Regelungen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung heranzuziehen[4]. Diese Auffassung liegt auch der Kritik Linnemanns[5] an der schadensersatzrechtlichen Lösung der Formprobleme zugrunde. Linnemann hält es für einen wesentlichen Mangel dieser Lösung, daß sie nur das Verhalten bei Vertragsschluß erfasse, während doch das vorwerfbare, die Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages fordernde Verhalten auch später liegen könne.

M.E. steht die Tatsache, daß das zu beurteilende Verhalten erst nach dem Abschluß des formnichtigen obligatorischen Vertrages erfolgt ist, einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Instituts der c.i.c. nicht entgegen. Zwar trifft es zu, daß nach Abschluß eines w i r k s a m e n Vertrages ein Bedürfnis für die Heranziehung der culpa in contrahendo nicht besteht, da nunmehr die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen oder aber das Institut der positiven Forderungsverletzung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren[6]. Beim Abschluß eines unwirksamen und somit auch beim Abschluß eines formnichtigen obligatorischen Vertrages greifen diese Regelungen dagegen nicht ein. Besteht daher das pflichtwidrige Verhalten eines Teils in der Erwekkung des Vertrauens auf die (Form-)Gültigkeit des

---

3) Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 a a.E.; Enneccerus-Lehmann, § 43 III, S. 191;

4) vgl. in diesem Sinne Titze, HandwbRW Bd. VI, S. 516 (517 f), der die c.i.c. sogar bei vorvertraglichem Verhalten ablehnt, wenn es sich nur auf die spätere Erfüllung bezieht;

5) Diss., S. 88/89;

6) im Ergebnis ebenso Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 127, arg. kein Ergänzungsbedürfnis.

abgeschlossenen obligatorischen Vertrages oder bezieht sich das Verhalten auf die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Erfüllungsgeschäfts, so kann ein Bedürfnis für die Heranziehung der c.i.c.-Haftung gegeben sein.

Man denke etwa an folgenden Fall: Die Parteien haben, in beiderseits unverschuldeter Unkenntnis der Formbedürftigkeit einen formnichtigen Grundstückskaufvertrag geschlossen. Nach Abschluß des Kaufvertrages erfährt der Verkäufer von dem Erfordernis der notariellen Beurkundung. Gleichwohl erklärt er dem Käufer beim nächsten Zusammentreffen auf Befragen, daß er zum vorgesehenen Termin auflassen werde, da er an den Vertrag gebunden sei. Dadurch bestärkt, schlägt der Käufer das Angebot eines Dritten aus.

Ich meine, in derartigen Fällen sei das Bedürfnis für eine Haftung aus c.i.c. zu bejahen. Die Anwendbarkeit der c.i.c.-Haftung ergibt sich hier aber noch aus folgender Überlegung: Der innere Grund für die strengere Haftung aus c.i.c. liegt darin, daß sich die Parteien mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen nicht mehr als Fremde gegenüberstehen, sondern ein enges, vertragsähnliches Vertrauensverhältnis[7] geknüpft haben. Dieses Verhältnis verdichtet sich umsomehr, je näher der Vertragsabschluß rückt[8]. Mit dem Abschluß des Vertrages bricht dieses Vertrauensverhältnis nicht zusammen, es wird nur, sofern ein wirksamer Vertrag geschlossen wird, auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt. Ist der Vertrag aber ausnahmsweise nichtig, so kommt es zwar nicht zur Entstehung von Leistungspflichten und der auf diese bezogenen Nebenpflichten; alle sonstigen, bereits vor Abschluß des Vertrages begründeten Schutz- und Aufklärungspflichten bleiben jedoch solange

---

7) Vgl. Staudinger-Weber, § 242, A 416 f;

8) Ballerstedt, ACP Bd. 151, S. 501 (504); vgl. auch Lange, JheringsJ Bd. 89, S. 277 (293 ff).

bestehen, bis sich die Nichtigkeit für beide Partner herausstellt[9]. Sie können sich sogar auf Grund der Fortentwicklung der tatsächlichen Beziehungen zwischen den Partnern noch verstärken. Das vorvertragliche und das vermeintlich vertragliche, tatsächlich aber (nur) "vertragsähnliche" Vertrauensverhältnis unterscheiden sich daher weder nach Art noch nach Intensität. Die Partner können aus diesem Grund nach Abschluß eines nur vermeintlich wirksamen Vertrages nicht geringer haften als vor Abschluß des Vertrages. Daraus folgt, daß die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß grundsätzlich auch an ein Verhalten geknüpft werden kann, das zeitlich dem Abschluß des formnichtigen obligatorischen Vertrages nachfolgt[1o].

Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs ergeben sich aus den erörterten Prinzipien des § 249 S. 1 BGB. Wäre daher auch ohne das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten der Abschluß eines formgültigen Vertrages nicht nachgeholt worden, so hat der Berechtigte einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Das heißt, er kann Ersatz der nach der Pflichtverletzung gemachten unnützen Aufwendungen und des infolge der Pflichtverletzung entgangenen Gewinns aus einem Drittgeschäft verlangen. Wäre dagegen ein formgerechter Vertragsschluß nachgeholt worden, so kann der Berechtigte auch hier Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld oder Natur geltend machen.

Nun greift die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß aber nicht nur dann ein, wenn sich das nach Abschluß des obligatorischen Vertrages beobachtete Verhalten auf die Formgültigkeit gerade dieses Vertrages bezieht, sondern auch dann, wenn es die Formbedürftigkeit des noch ausstehenden

---

9) Vgl. insoweit BGH in MDR 1969, S. 1oo1 zum Vertragsschluß unter einer aufschiebenden Bedingung. Vgl. weiter den Erfüllungsfall bei Hildebrandt, a.a.O., S. 127 (Beispiel 1) und Erman in ACP Bd. 139, S. 273 (278 Beispiel 2);

1o) vgl. dazu Hildebrandt, a.a.O., S. 127 (Beispiel1).

Erfüllungsgeschäfts betrifft. Zur Veranschaulichung diene folgender Fall:

Miterbe A erhält nach Abschluß des privatschriftlichen Erbschaftskaufvertrages mit B Kenntnis davon, daß der Kaufvertrag und das Verfügungsgeschäft der notariellen Form bedürfen und der geschlossene Kaufvertrag daher formnichtig ist. Ohne den B davon zu unterrichten, einigt er sich mit diesem, wie vorgesehen, wiederum privatschriftlich über den Übergang des Miterbenanteils. Es steht fest, daß die Übertragung formgültig erfolgt wäre, wenn A den B entsprechend aufgeklärt hätte. Hält man, mit einem Teil der Literatur[11], eine Heilung des formnichtigen Verkaufs eines Miterbenanteils durch dessen wirksame Übertragung für zulässig, so wäre durch das dann wirksame Verfügungsgeschäft die Formnichtigkeit des Kaufvertrages geheilt worden.

Ich habe keine Bedenken, in dem Fall, daß sich das pflichtwidrige Verhalten auf die Formbedürftigkeit des Erfüllungsgeschäfts bezieht und der Kaufvertrag ohne die Pflichtverletzung wirksam erfüllt u n d dadurch geheilt[12] worden wäre, einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. auf das Erfüllungsinteresse zu gewähren. Der Anerkennung eines solchen Anspruchs stehen nicht die Gründe entgegen, die dazu führten, daß die h.M.[13] es ablehnt, formwidrige Verfügungen nach Treu und Glauben als gültig zu behandeln. Das

---

11) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 23 ff; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 57 IV 4 b (S. 392); Lange, Erbrecht, § 47 II 2 (S. 601); Habscheid, FamRZ 1968, 13 ff jeweils m.w.N. Anders allerdings die wohl einhellige Rechtsprechung und ein großer Teil der Literatur, vgl. Staudinger-Ferid, § 2371 Rdnr. 26 ff und Palandt-Keidel, § 2371 Bem. 1 a, beide m.w.N.;

12) zur Heilung vergleiche die Angaben oben, S. 2 FN 1o der Arbeit;

13) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 83 ff (84 m.w.N.); Coing in Dt. Notartag 1965, S. 29 (48); Wieacker, DNotZ 1956, S. 115 (121); Riezler, JheringsJ Bd. 89, S. 177 (217/218). A.A. BGH in LM Nr. 1 zu § 1o5 des Preuß.Allg.Berggesetzes, zustimmend Staudinger-Weber, § 242 D 435; Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 177.

Argument, der Käufer habe auf die Heilung keinen Anspruch[14], kann im Rahmen des Schadensersatzes keine Rolle spielen. Denn so wenig wie im Schuldrecht die Haftung für c.i.c. an die Verletzung einer Abschlußpflicht geknüpft werden kann[15], ist hier für die Schadensersatzhaftung ein Anspruch auf die Heilung von Bedeutung. Allein das pflichtwidrig-schuldhafte Verhalten hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Geschäfts ist maßgeblich für die Schadensersatzpflicht, deren Art und Umfang sich auch hier ausschließlich nach § 249 S. 1 BGB richten.

Auch die absolute Natur[16] des durch das Verfügungsgeschäft zu übertragenden dinglichen Rechts steht dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen. Denn das Schadensersatzrecht gibt dem Berechtigten gem. § 249 BGB nur einen obligatorischen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die Verfügung wirksam gewesen wäre. Das bedeutet nun nicht, daß dem Ersatzberechtigten im Verhältnis zum Ersatzpflichtigen schon sämtliche Miterbenrechte zustehen, während im Verhältnis zu Dritten der Pflichtige die Miterbenstellung innehat; eine derartige Aufsplitterung des absoluten, dinglichen Rechts könnte in der Tat nicht anerkannt werden. Es ist vielmehr darauf abzustellen, daß durch eine wirksame Übertragung des Miterbenanteils der formnichtige K a u f vertrag geheilt worden wäre. Demgemäß gibt der Ersatzanspruch dem Berechtigten noch keine dingliche Rechtsposition, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf die formgültige Übertragung. Es geht hier - anders als bei der Problematik der unzulässigen Rechtsausübung - nicht um die Frage, ob das dingliche Recht wirksam übertragen worden ist, sondern ob es wirksam übertragen werden muß. Die absolute Natur des dinglichen Rechts steht einem derartigen Anspruch daher nicht

---

14) Vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 85 (zu § 242 BGB);

15) siehe oben, S. 9o FN 1o der Arbeit;

16) darauf stellt Medicus, Bürgerl.Recht, § 8 III 4, S. 66, bei § 242 BGB ab.

entgegen.
Das gleiche gilt von den durch § 2o33 BGB geschützten Rechten Dritter. § 2o33 BGB bezweckt, was die Interessen Dritter betrifft, lediglich die Sicherstellung der Publizität der absoluten Rechtslage[17]. Da der Schadensersatzanspruch die dingliche Rechtslage nicht berührt, greift er auch nicht in die schutzwürdigen Belange Dritter ein. Im übrigen sind weitere Gründe, die einem Schadensersatzanspruch dieser Art entgegenstehen könnten, nicht ersichtlich[18].
Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß eine Haftung aus c.i.c. auch dann in Betracht kommt, wenn das zum Ersatz verpflichtende Verhalten erst nach Abschluß des formnichtigen obligatorischen Vertrages erfolgte. Dabei kann sich dieses Verhalten entweder auf die Formgültigkeit des abgeschlossenen obligatorischen Vertrages oder aber auf die Formbedürftigkeit des Erfüllungsgeschäfts beziehen. Das negative Interesse ist zu ersetzen, wenn auch ohne das pflichtwidrige Verhalten ein formwirksamer Abschluß des obligatorischen Vertrages nicht nachgeholt und auch ein dessen Heilung bewirkendes, wirksames Erfüllungsgeschäft nicht vorgenommen worden wäre. Das Erfüllungsinteresse ist zu ersetzen, wenn ohne das pflichtwidrige Verhalten entweder der formgültige Abschluß des Kausalgeschäfts nachgeholt oder aber ein wirksames Erfüllungsgeschäft vorgenommen und dadurch das Kausalgeschäft geheilt worden wäre.

---

17) Darauf stellt Coing, Dt. Notartag 1965, S. 29 (48) bei § 242 BGB ab;
18) vgl. auch § 1o I der Arbeit.

§ 8 Die Haftung wegen culpa in contrahendo im Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht werden rein obligatorische Verträge und körperschaftliche Regelungen unterschieden. Dementsprechend soll auch die Haftung wegen culpa in contrahendo für beide Regelungsarten getrennt untersucht werden.

I. Obligatorische Verträge

Bei den Kapitalgesellschaften sind die Anteile am Gesellschaftsvermögen rechtlich verselbständigt und daher einzeln übertragbar[1]. Nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG bedarf eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung seines Geschäftsanteils begründet wird, der (gerichtlichen oder)[2] notariellen Form, d.h. der notariellen Beurkundung[3]. Dieser Vertrag ähnelt dem Grundstückskaufvertrag insoweit, als es sich ebenfalls um einen obligatorischen Vertrag auf Übertragung eines wirtschaftlich bedeutsamen Vermögensgutes handelt. Es bestehen daher keine Bedenken, hier eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß grundsätzlich zuzulassen[4]. Ob das allerdings auch dann gilt, wenn sich das pflichtwidrige Verhalten auf die Formbedürftigkeit des Vertrages nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG bezieht, könnte wegen der von dieser Formvorschrift verfolgten Zwecke zweifelhaft sein. Hauptzweck des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG ist es, den Handel mit GmbH-Anteilen zu erschweren und

---

1) § 15 Abs. 1 GmbHG; § 68 Abs. 1 AktG. Anders bei den Personalgesellschaften. Vgl. § 719 BGB;

2) insoweit aufgehoben durch § 56 des Beurkundungsgesetzes vom 28.8.1969 (BGBl. I, S. 1513);

3) Scholz, GmbHG, § 15, Rdnr. 15;

4) Rechtsprechung und Literatur haben sich, soweit ersichtlich, mit dieser Frage noch nicht befaßt.

damit die Spekulation weitgehend zu unterbinden[5]. Das im Anteil verkörperte Mitgliedschaftsrecht soll, wie es das Reichsgericht[6] formuliert hat, nach Möglichkeit nicht Gegenstand des freien, auf Gewinn ausgehenden Umsatzverkehrs werden, wie dies regelmäßig bei der Aktie der Fall ist. Die Möglichkeit einer Kollision zwischen diesem Formzweck und der Schadensersatzpflicht läßt sich in den hier zu untersuchenden Fällen nicht leugnen, und zwar ohne Rücksicht darauf , ob der Anspruch auf Ersatz des negativen oder des positiven Interesses gerichtet ist. Denn eine spekulative Absicht beim Abschluß des Vertrages kann generell weder auf seiten des Ersatzpflichtigen noch auf seiten des Ersatzberechtigten ausgeschlossen werden.
Gleichwohl meine ich, daß bei dieser Kollision der Formzweck hinter der durch schuldhaftes Verhalten begründeten Schadensersatzpflicht zurückzutreten hat. Dafür spielt wiederum die Erwägung eine Rolle, daß die vorvertraglichen Pflichten weitgehend entwertet würden, wenn an ihre Verletzung keine Sanktion geknüpft würde. Im Gesellschaftsrecht kommt aber noch folgender Umstand hinzu: Gegenüber dem Pflichtenkreis, etwa beim Grundstückskauf, erfahren die vorvertraglichen Pflichten im Gesellschaftsrecht aus tatsächlichen Gründen eine weitgehende Einschränkung. Die Haftung aus c.i.c. setzt voraus, daß der Ersatzberechtigte selbst von der Formbedürftigkeit des Vertrages keine Kenntnis hat. Da es sich bei dem Abschluß eines Vertrages nach § 15 Abs. 1 GmbHG in aller Regel um Personen handelt, die in geschäftlichen und den einschlägigen rechtlichen Dingen erfahren sind, ist die Unkenntnis der Formbedürftigkeit auf seiten des Schadensersatzbe-

---

[5] So die Begründung des Reichstagsentwurfs, RT-Stenoberichte, Bd. 125 (189o/92), Nr. 66o, S. 3729; RGZ 164/162 (17o); Scholz, GmbHG, § 15, Rdnr. 15; Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 6, Anm. 16; § 15 Anm. 6 und 16; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm. 4 B;

[6] RGZ 164/162 (17o).

rechtigten weit seltener gegeben als bei einem Grundstückskaufvertrag. Darüber hinaus ist im Gesellschaftsrecht eine Pflicht des Inanspruchgenommenen, sich auch zugunsten des Verhandlungspartners nach Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertrages zu erkundigen, die ihm selbst unbekannt sind, ausgeschlossen. Denn derartige Kriterien, wie sie beim Grundstückskaufvertrag Erkundigungs- und Aufklärungspflichten eines Teils trotz eigener Unkenntnis zu begründen vermögen[7], sind im Gesellschaftsrecht nicht oder doch nur selten gegeben. Daraus folgt, daß eine Haftung aus c.i.c. im Gesellschaftsrecht in weitaus engerem Umfang durchgreift, als im Falle des Grundstückskaufvertrages[8]. Somit besteht auch keine Gefahr, daß die Anerkennung einer Haftung für culpa in contrahendo den Handel mit GmbH-Anteilen wirtschaftlich spürbar beeinflussen, geschweige denn, daß dieser Handel dadurch die Ausmaße des Aktienumsatzes erreichen könnte. Auch aus diesem Grunde erscheint es gerechtfertigt, den Formzweck der Verhinderung spekulativen Handels mit GmbH-Anteilen gegenüber der Schadensersatzpflicht aus c.i.c. zurücktreten zu lassen.

Schutzwürdige Interessen Dritter, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger, werden durch die Haftung des veräußernden Gesellschafters nicht berührt. Denn die Interessen Dritter werden durch die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG nicht geschützt. Zudem richtet sich der Schadensersatzanspruch nur gegen den veräußernden Gesellschafter persönlich, nicht aber auch gegen die Gesellschaft. Doch auch dann, wenn der Schadensersatzanspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages gerichtet ist oder doch tatsächlich zu dessen

---

7) Vgl. zu den Kriterien "Gemeinnützigkeit", "Veranlassung der Formnichtigkeit durch Formularvorlage" und "Pflichtenkumulation" oben, S. 13 ff der Arbeit;

8) der Rechtsprechung hat, soweit ersichtlich, ein derartiger Fall noch nicht zur Beurteilung vorgelegen.

Erfüllung führt, werden die Belange der Gesellschaftsgläubiger nicht beeinträchtigt. Diesen haftet ohnehin nicht der Gesellschafter persönlich, sondern nur das Stammkapital der Gesellschaft. Diese Haftungsgrundlage wird aber durch die Veräußerung eines GmbH-Anteils nicht geschmälert[9], da weder der alte noch der neue Gesellschafter die Einlage zurückfordern kann, § 3o GmbHG[1o]. Die schutzwürdigen Interessen Dritter stehen daher weder der Haftung aus c.i.c. allgemein, noch einem auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages gerichteten Schadensersatzspruch entgegen[11].

Das gleiche gilt von dem Zweck des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG, der Beweissicherung und Beweiserleichterung zu dienen. Wenn dieser Formzweck auch für das Verfügungsgeschäft, also die Abtretung des GmbH-Anteils im Hinblick auf die in § 16 GmbHG vorgesehene Anmeldung des Übergangs bei der Gesellschaft eine gewisse Bedeutung haben mag[12], so spielt er doch für das Verpflichtungsgeschäft eine untergeordnete Rolle[13]. Dieser Formzweck kann die Haftung aus c.i.c. ebenfalls nicht ausschließen. Im Ergebnis zeigen sich daher bei den obligatorischen Verträgen des Gesellschaftsrechts weder hinsichtlich der Anwendbarkeit der c.i.c.-Haftung noch bezüglich des Haftungsumfangs Abweichungen gegenüber der Haftung beim Abschluß formnichtiger Grundstückskaufverträge.

---

9) Vgl. RGZ 54/128 (131) zum Aktiengesetz;

1o) vgl. weiter §§ 22, 26 f GmbHG, die ebenfalls die Interessen der Gesellschaftsgläubiger sichern;

11) dem entspricht es, daß bei diesem Vertrag auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zugelassen wird. Vgl. BGHZ 35/272 (277); Scholz, NJW 195o, S. 81 (82); Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 15, Anm. 28;

12) vgl. RGZ 164/162 (17o);

13) insofern differenzieren Scholz, GmbHG, § 15, Rdnr. 15 und Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 15, Anm. 6 nicht hinreichend, wenn sie sich auch hier auf RGZ 164/162 (17o) berufen.

II. Körperschaftliche Regelungen

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH bedarf gemäß § 2 GmbHG der (gerichtlichen oder)[14] notariellen Beurkundung[15]. Ein Gesellschaftsvertrag muß sowohl bei der Neugründung als auch beim Beitritt eines neuen Gesellschafters abgeschlossen werden. In den Vertrag sind auch alle Sonderrechte und -vorteile einzelner Gesellschafter aufzunehmen[16]. Nehmen wir nun an, bei der Vereinbarung des Beitritts eines neuen Gesellschafters zwischen der Gesellschaft[17] und dem Beitretenden habe der - von den Gesellschaftern zum Abschluß bevollmächtigte -[18] Geschäftsführer den Beitretenden fahrlässigerweise über die einzuhaltende Form falsch unterrichtet. Oder bei der Vereinbarung eines Sonderrechts sei dem Berechtigten schuldhaft erklärt worden, für diese Vereinbarung genüge die Einhaltung der Schriftform. Steht dem Geschädigten, das ist die Frage, ein Anspruch auf Ersatz seines Schadens aus (einer deliktischen Anspruchsgrundlage oder aus) c.i.c.

---

14) Insoweit aufgehoben durch § 56 des Beurkundungsgesetzes vom 28.8.1969 (BGBl. I, S. 1513);

15) ebenso § 23 Abs. 1 AktG. Schriftform verlangt § 5 GenG;

16) ganz herrschende Meinung: BGH in NJW 1969, S. 131 = DNotZ 1969, S. 377 ff; RGZ 165/129 (131/32); Scholz-Fischer, Kleinkommentar zum GmbHG, § 3, Anm. 9; weitere Nachweise bei Scholz, GmbHG, § 3, Rdnr. 24, der allerdings selbst für die Gründervorteile anderer Ansicht ist, a.a.O.;

17) nach ganz herrschender Meinung ist Vertragspartner des Beitretenden nicht die Gesamtheit der Gesellschafter, sondern die Gesellschaft, BGHZ 49, 117/119; Schilling in Hachenburg, GmbHG § 55 Anm. 1o; Scholz, GmbHG § 55 Anm. 1o; Baumbach-Hueck, GmbHG § 55 Bem. 3 A;

18) die Gesellschaft kann bei Abschluß dieses Vertrages nur durch die Gesellschafterversammlung als Organ der Gesellschaft vertreten werden, da es sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen Außenakt, sondern um einen Akt gesellschaftlicher Betätigung handelt; BGHZ a.a.O.; Schilling a.a.O.; Baumbach-Hueck a.a.O.; abweichend Scholz a.a.O., m.w.N., der eine direkte Vertretung der Gesellschaft durch den Geschäftsführer für ausreichend hält.

zu, und gegen wen richtet sich dieser Anspruch?
Aus der Tatsache, daß es sich bei dem Gesellschaftsvertrag nicht um einen Austauschvertrag i.S. der §§ 32o ff BGB, sondern um einen gegenseitigen Vertrag im engeren Sinn handelt[19], läßt sich nichts gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit der Haftung für culpa in contrahendo im Gesellschaftsrecht herleiten. Denn die Grundsätze der c.i.c. greifen, wie oben gezeigt[2o], selbst dann ein, wenn der Berechtigte überhaupt keine Leistungspflicht übernommen hat. Auch der Doppelcharakter des Gesellschaftsvertrages als obligatorisches Rechtsgeschäft und als Schöpfungsakt für die Gesellschaft steht dem nicht entgegen, da der Gesellschaftsvertrag jedenfalls a u c h obligatorische Pflichten erzeugt[21]. Grundsätzlich ist daher eine Haftung aus c.i.c. auch bei körperschaftlichen Regelungen anzuerkennen[22].

Äußerst zweifelhaft ist jedoch, ob diese Haftung die Gesellschaft als solche trifft oder ob nur eine persönliche Haftung des schuldhaft handelnden Gesellschafters in Frage kommt. Im Falle der arglistigen Verleitung zur Beteiligung an einer GmbH hat das Reichsgericht[23] einen auf §§ 826, 31 BGB gestützten Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft unter Hinweis auf § 31 Abs. 1 GmbHG[24] abgelehnt und ausgeführt, der Gesellschaft dürfe im Interesse der Gesellschafts-

---

19) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 27;

2o) siehe oben, S. 132 ff der Arbeit;

21) auf die Frage, ob die c.i.c. auch bei Gestaltungsgeschäften eingreift, kommt es hier daher nicht an. Vgl. dazu § 7 der Arbeit;

22) so im Ergebnis auch Baumbach-Hueck, GmbHG, Übersicht vor § 1, Anm. 1 B, S. 8; Scholz, GmbHG, § 3, Rdnr. 29 sub bb; vgl. auch RGZ 88/187 (19o a.E.) zur Deliktshaftung;

23) RGZ 88/187 ff, zustimmend Baumbach-Hueck, a.a.O. und Scholz, a.a.O.;

24) "Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden".

gläubiger das Kapital, welches durch die Beteiligung an ihr in das Gesellschaftsvermögen hineingebracht worden ist, auf keine Weise, weder unmittelbar noch mittelbar, eben der Beteiligung wegen geschmälert werden[25].

M.E. ist dieser Ansicht insoweit uneingeschränkt zu folgen, als der Beitretende Schadensersatz in G e l d verlangt, sei es als negatives oder als positives Interesse. Im Falle eines wirksamen Beitritts eines neuen Gesellschafters würde das Stammkapital der GmbH dadurch erhöht werden, vgl. § 19 GmbHG. Ein Schadensersatzanspruch des neuen Gesellschafters gegen die Gesellschaft würde möglicherweise[26] dieses Stammkapital schmälern. Da das Stammkapital der GmbH die einzige, den Gesellschaftsgläubigern haftende Vermögensmasse ist, würde ein derartiger Schadensersatzanspruch die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaftsgläubiger beeinträchtigen. Entsprechendes gilt dann aber auch für den Fall des formunwirksamen Beitritts. Hier würde ein Schadensersatzanspruch des Beitretenden das ursprüngliche Stammkapital schmälern. Aus diesem Grund ist ein auf Geldersatz gerichteter und auf die schuldhaft falsche Angabe eines Organs oder bevollmächtigten Vertreters der GmbH hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Beitritts gestützter Schadensersatzanspruch gegen die G e s e l l s c h a f t ausgeschlossen.

Differenzierter ist die Rechtslage jedoch dann, wenn dem Beitretenden gemäß § 249 BGB ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß auf das Erfüllungsinteresse zusteht und er den Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht in Geld, sondern in Natur, d.h. in Form einer formgerechten Wiederholung des Beitritts, verlangt. Zwar werden die Interessen der

---

25) Ähnlich RGZ 54/128 (13o) zur Aktiengesellschaft;

26) diese Möglichkeit muß hier genügen, da sich vor Auflösung der GmbH nicht feststellen läßt, ob das Stammkapital tatsächlich angegriffen wird oder ob genügend Reserven vorhanden sind. Vgl. RGZ 88/187 (188/89).

Gesellschaftsgläubiger durch einen solchen Anspruch nicht beeinträchtigt. Denn ihr Interesse an der tatsächlichen Einzahlung des Stammkapitals bleibt dadurch gewahrt, daß der Beitretende Ersatz des Erfüllungsinteresses in Natur nur verlangen kann, wenn er seinerseits die Leistung der auf ihn entfallenden Stammeinlage anbietet. Auch das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Zusammensetzung der Gesellschaft wird durch diesen Schadensersatzanspruch nicht berührt. Wenn dieses Interesse auch prinzipiell durch die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG geschützt werden soll[27], so kann sich dieser Schutz aber nur auf das Interesse an der gegenwärtigen[28] Zusammensetzung der Gesellschaft erstrecken. Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der zukünftigen Zusammensetzung der Gesellschaft ist dagegen nicht schutzwürdig. Denn die Gesellschafter können jederzeit und ohne Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger neue Gesellschafter aufnehmen. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger stehen der Anerkennung eines Anspruchs auf formgerechte Wiederholung des Beitritts (mit Wirkung ex nunc) somit nicht entgegen. Das gleiche gilt hinsichtlich des von § 2 Abs. 1 GmbHG ebenfalls verfolgten Zwecks, die Gesellschafter vor übereiltem Handeln zu bewahren[29]. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 313 BGB verwiesen werden.

Die Differenzierung der Rechtslage beim Schadensersatzanspruch auf formgerechte Wiederholung des Beitritts ergibt sich jedoch daraus, daß die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG auch die Interessen später beitretender Gesellschafter

---

27) Vgl. RT-Stenoberichte Bd. 125 (189o/92) Nr. 66o, S. 3733; RGZ 165/129 (132); Reinicke, Rechtsfolgen, S. 8o f; Schilling in Hachenburg, GmbH-Gesetz, § 2 Anm. 14 (S. 121); Coing, Dt.Notartag 1965, S. 29 (48);

28) allerdings rechtfertigt dieses Interesse die Ablehnung der Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages aus Treu und Glauben (Wirkung ex tunc), vgl. FN 24 (vorstehend);

29) OLG München in BB 1958, S. 787 Nr. 143o; Reinicke in NJW 1969, S. 183o.

schützen soll[30]. Diese sollen sich bei ihrer Entscheidung zum Beitritt darauf verlassen können, daß der Gesellschaftsvertrag die Zusammensetzung und die wesentlichen Rechte und Pflichten der Gesellschaft vollständig wiedergibt. Daraus folgt, daß es für die Anerkennung des Schadensersatzanspruchs auf Naturalrestitution im Ergebnis darauf ankommt, ob sich in der Zwischenzeit die Zusammensetzung der Gesellschaft geändert hat oder nicht.
Ist kein neuer Gesellschafter beigetreten, so ist der Formzweck des Schutzes neuer Gesellschafter nicht berührt. Da auch sonstige Bedenken, wie oben gezeigt, im Ergebnis nicht durchgreifen, ist in diesem Fall ein Schadensersatzanspruch auf formgerechte Wiederholung des Beitritts zu gewähren.

Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn inzwischen ein neuer Gesellschafter beigetreten ist. Diesem würde, wenn die Gesellschaft nun den Ersatzberechtigten auf Grund seines Schadensersatzanspruchs aufnehmen müßte, ein Gesellschafter aufgedrängt, dessen bevorstehenden Beitritt er dem Gesellschaftsvertrag nicht entnehmen konnte, und der ihn möglicherweise von seinem eigenen Beitritt abgehalten hätte. Die Schadensersatzpflicht der Gesellschaft zur Aufnahme des Schadensersatzberechtigten würde daher hier mit dem Formzweck des Schutzes der Interessen später beitretender Gesellschafter kollidieren.
M.E. ist es sachgerecht, in diesen Fällen die Schadensersatzpflicht hinter dem Schutzzweck des § 2 Abs. 1 GmbHG zurücktreten zu lassen. Denn der Ersatzberechtigte ist auch ohne diesen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft nicht schutzlos. Ihm steht nämlich ein entsprechender Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger persönlich zu. Das ist insoweit problemlos, als es sich um einen deliktischen

---

30) BGH in NJW 1969, S. 131; RGZ 165/129 (132 f); Reinicke, Rechtsfolgen, S. 80; Scholz, GmbHG, § 3, Rdnr. 24; vgl. auch Fischer in Großkomm.z.AktG, § 16, Anm. 23.

Schadensersatzanspruch handelt[31]. Bei der Haftung des Schädigers für culpa in contrahendo ergeben sich allerdings Bedenken daraus, daß die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß grundsätzlich nur den Vertretenen, nicht aber den Vertreter persönlich trifft[32], während der Schädiger in den hier behandelten Fällen nur Organ oder bevollmächtigter Vertreter der Gesellschaft ist. Nun ist allerdings eine persönliche Haftung des Schädigers aus c.i.c. in einigen Fällen schon damit zu begründen, daß eine Haftung des Vertretenen nach neuerer Auffassung dann anzuerkennen ist, wenn gerade er das vorvertragliche Vertrauen in Anspruch genommen hat[33]. Einer solchen Feststellung bedarf es aber m.E. in den hier zur Erörterung stehenden Fällen nicht, um die persönliche Haftung des Schädigers aus c.i.c. bejahen zu können. Denn hier geht es nicht um die Frage, ob der Vertretene oder der Vertreter haftet. Die Haftung des Vertretenen, d.h. der Gesellschaft ist in diesen Fällen aus Gründen des Formzwecks von vornherein ausgeschlossen. Es geht daher nur noch um die Frage, ob es sachgemäßer ist, den Geschädigten oder aber den Vertreter den Schaden tragen zu lassen. Angesichts des schuldhaften Verhaltens des Schädigers kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Der Schädiger haftet in diesen Fällen persönlich.

Eine vergleichbare Interessenlage liegt auch der Regelung des § 179 Abs. 1 BGB zugrunde. Danach ist der nicht (nachweisbar) bevollmächtigte Vertreter dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz

---

31) Vgl. RGZ 88/187 (190) zu § 826/31 BGB;

32) Arg.: § 164 analog, § 278 BGB; Nachweise bei Müller, NJW 1969, S. 2169 FN 2;

33) Ballerstedt in ACP Bd. 151, S. 501 (502, 508 f). Nach abweichender Auffassung haftet der Vertreter, wenn er wirtschaftlich der Geschäftsherr ist, vgl. Staudinger-Weber, § 242 A 423, A 781 m.w.N.; Müller NJW 1969, S. 2169 mit erschöpfenden Angaben der Rechtsprechung und Literatur.

verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. Für die Interessen des geschädigten Verhandlungspartners ist es aber ohne Belang, ob ihm aus Gründen, die nicht in seiner Person oder Sphäre liegen, ein vertraglicher Anspruch - wegen fehlender Vollmacht - oder ein Schadensersatzanspruch - wegen des Formzwecks des § 2 Abs. 1 GmbHG, die Interessen Dritter zu schützen - gegen den Vertretenen versagt wird. Auch aus diesem Grunde scheint es mir gerechtfertigt zu sein, in den Fällen, in denen eine Haftung der Gesellschaft ausgeschlossen ist, den Schädiger persönlich aus c.i.c. haften zu lassen[34].

Als Ergebnis ist daher folgendes festzuhalten: Grundsätzlich haftet bei einem schuldhaften Verhalten eines Organs oder bevollmächtigten Vertreters der Gesellschaft hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Beitritts eines neuen Gesellschafters nur der Schädiger persönlich. Die Haftung geht stets auf Geldersatz, da die Naturalrestitution dem Schädiger persönlich unmöglich ist. Die Gesellschaft haftet jedoch dann, wenn dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses zusteht, und er Ersatz des Erfüllungsinteresses in Natur, d.h. durch formgerechte Wiederholung des Beitritts verlangt. Voraussetzung für diesen Anspruch ist jedoch, daß in der Zwischenzeit kein neuer Gesellschafter beigetreten ist.

Das gleiche hat auch dann zu gelten, wenn sich das schuldhafte Verhalten nicht auf die Formbedürftigkeit des Beitritts zur Gründung, sondern auf die Vereinbarung von sogenannten Gründer- oder Sondervorteilen bezieht. Wenn Scholz[35] zwischen diesen beiden Regelungen unterscheiden und bei der Vereinbarung von Sondervorteilen ohne Einschränkung einen

---

34) Eine Haftung des Schädigers aus c.i.c. bejahen im Ergebnis auch Baumbach-Hueck, GmbHG, Übersicht vor § 1, Bem. 1 B; Scholz, GmbHG, § 3, Rdnr. 29 sub bb;

35) GmbHG § 3 Rdnr. 29 (ee).

gegen die Gesellschaft gerichteten Schadensersatzanspruch gem. § 31 BGB geben will, so kann dem nicht gefolgt werden. Denn auch hier würde durch die Gewährung eines auf Geldersatz gerichteten Ersatzanspruchs die Haftungsmasse zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger geschmälert. Ein Schadensersatzanspruch auf Geldersatz ist daher, sofern er gegen die Gesellschaft gerichtet ist, auch bei der Vereinbarung von Sondervorteilen ausgeschlossen. Desgleichen ist auch ein auf Naturalrestitution gerichteter Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gegen die Gesellschaft ausgeschlossen, wenn inzwischen ein neuer Gesellschafter beigetreten ist. Dieser Anspruch ist nur dann zu gewähren, wenn sich die Zusammensetzung der Gesellschaft in der Zwischenzeit nicht geändert hat, da andernfalls die durch § 2 Abs. 1 GmbHG geschützten Interessen später eintretender Gesellschafter an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Satzung beeinträchtigt würden. Ist die Zusammensetzung der Gesellschaft allerdings unverändert, so stehen auch die von § 2 Abs. 1 GmbHG sonst noch verfolgten Zwecke einer Naturalrestitution nicht entgegen.

Wenn auch die h.M.[36] hier eine Aufrechterhaltung des Vertrages über § 242 BGB mit der Begründung abgelehnt hat, daß die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG nicht nur die Belange der Vertragsparteien, sondern auch die Interessen Dritter, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger und Kreditgeber schützen soll, so steht das doch einem Schadensersatzanspruch auf Neuabschluß der Vereinbarung von Sondervorteilen mit ex nunc Wirkung nicht entgegen. Denn § 2 Abs. 1 GmbHG schützt nur das Vertrauen auf die gegenwärtige Richtigkeit und Vollständigkeit der Satzung. Gegen spätere Änderungen sind die Dritten jedoch nicht geschützt, da die Gesellschafter die Satzung jederzeit und ohne Rücksicht auf die Belange Dritter abändern können.

---

36) RGZ 165/129 (132); zustimmend Coing, DNotartag 1965, S. 29 (48); Reinicke, Rechtsfolgen, S. 80 f; a.A. Scholz, GmbHG, § 2 Rdnr. 23.

Für die formlose Vereinbarung von Sonderrechten und Gründervorteilen gilt daher bezüglich der Haftung der Gesellschaft sowie der persönlichen Haftung des Schädigers dasselbe, wie für die formlose Vereinbarung des Beitritts.

III. Zusammenfassung

Betrifft das schuldhafte Verhalten die Formbedürftigkeit eines abzuschließenden obligatorischen Vertrages, so gelten auch im Gesellschaftsrecht die im ersten Teil der Arbeit dargelegten Grundsätze der Haftung beim Abschluß eines formnichtigen Grundstückskaufvertrages.
Bezieht sich das schuldhafte Verhalten auf die Formbedürftigkeit einer körperschaftlichen Regelung, so haftet grundsätzlich (nur) der Schädiger persönlich. Seine Haftung geht stets auf Geldersatz. Die Gesellschaft haftet aber dann, wenn dem Geschädigten nach den Prinzipien des § 249 BGB ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zusteht und er Naturalrestitution, d.h. formgerechte Wiederholung des Vertragsschlusses verlangt. Voraussetzung für diese Haftung der Gesellschaft ist jedoch, daß in der Zwischenzeit kein neuer Gesellschafter beigetreten ist. Diese Grundsätze gelten sowohl für die formfehlerhafte Vereinbarung des Beitritts eines neuen Gesellschafters als auch für die formfehlerhafte Vereinbarung von Sonderrechten und Gründervorteilen.

§ 9 Die Haftung wegen culpa in contrahendo im Familienrecht

Das Familienrecht enthält eine Reihe von Formvorschriften[1]. Ob eine Haftung aus c.i.c. wegen schuldhaften Verhaltens bezüglich dieser Formvorschriften durchgreifen kann, ist, soweit ersichtlich, noch nirgends erörtert worden. Hinsichtlich der Eheschließung[2] und der Adoption[3] besteht für eine solche Erörterung auch kein Bedürfnis, da dort ein Fall schuldhaften Verhaltens einer Partei bezüglich der Formbedürftigkeit des Vertrages[4] kaum praktisch werden kann. Dagegen ist eine derartige Situation sowohl beim Ehevertrag als auch bei den Verträgen hinsichtlich der fortgesetzten Gütergemeinschaft denkbar. Diese Verträge sollen daher einer eingehenderen Untersuchung unterzogen werden.

I. Der Ehevertrag

Gemäß § 1408 BGB können die Ehegatten oder die Verlobten[5] ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln. Der Ehevertrag muß bei gleichzeitiger[6] Anwesenheit beider Teile (vor Gericht oder)[7] vor einem Notar geschlossen werden, § 1410 BGB. Anderenfalls ist er nach § 125 BGB nichtig. Nehmen wir nun an, der Ehefrau gehöre ein Unternehmen. Um zu verhindern, daß diesem Unternehmen bei einem Zugewinnausgleich die finanzielle Grundlage entzogen wird, wollen die Ehepartner Gütertrennung vereinbaren. Der

---

1) Vgl. §§ 1491 Abs. 2 S. 2; 1492 Abs. 2 S. 2; 1501 Abs. 2 S. 2; 1516 Abs. 2 S. 3; 1517 Abs. 2 i.V. mit 2348; 1730; 1748 Abs. 3; 1750; 1770 BGB; § 13 EheG;

2) vgl. § 13 Abs. 1 EheG;

3) vgl. § 1750 BGB;

4) auch die Eheschließung ist Vertrag, h.M. vgl. Staudinger-Dietz, § 13 EheG, Rdnr. 22 m.w.N.;

5) vgl. Palandt-Lauterbach, 1408, Anm. 1;

6) allerdings ist persönliche Anwesenheit nicht erforderlich;

7) insoweit aufgehoben durch § 56 Abs. 3 des Beurkundungsgesetzes von 1969.

Ehemann übernimmt es, sich nach den rechtlichen Erfordernissen eines solchen Vertrages zu erkundigen. Nach Beratung durch einen Studenten im 2. Semester erklärt er seiner Ehefrau, der Ehevertrag bedürfe der Schriftform. Kann die Ehefrau, das ist nun die Frage, von ihrem Ehemann Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluß verlangen? Von besonderem Interesse ist dabei die Frage, ob sie - nach Auflösung der Ehe - dem Anspruch des Ehemanns auf Ausgleich des Zugewinns diesen Schadensersatzanspruch mit der Begründung entgegenhalten kann[8], ohne das Vertrauen auf die Gültigkeit des Ehevertrages wäre sie die Ehe nicht eingegangen[9], oder ohne sein schuldhaftes Verhalten wäre der Ehevertrag formgültig abgeschlossen worden[10].

Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Grundsätze einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß könnten sich bereits daraus ergeben, daß der Ehevertrag nicht nur obligatorische Ansprüche der Ehegatten begründet (oder ausschließt), sondern je nach Art des vereinbarten Güterstandes auch die dingliche Zuordnung des den Ehegatten gehörenden und künftig zu erwerbenden Vermögens - zum Teil mit erbrechtlicher Wirkung[11] - regelt (vgl. §§ 1371, 1416 Abs. 1 BGB). Nun ist zwar schon im Rahmen der Erörterungen zum Sachenrecht nachgewiesen worden, daß auch ein Verhalten hinsichtlich der Formbedürftigkeit von Verfügungsgeschäften eine Haftung aus c.i.c. auslösen kann. Dort beruht die Zulassung der Haftung für culpa in contrahendo aber auf einer Fortwirkung des Vertrauensverhält-

---

8) Vgl. "dolo petit qui petit quod statim redditurus". Zur einredeweisen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 56; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 189;

9) das negative Interesse wäre hier rechnerisch gleich dem Erfüllungsinteresse. Das kommt nur in Betracht, wenn der Ehevertrag bereits von den Verlobten geschlossen wurde;

10) hier könnte gemäß § 249 S. 1 BGB das Erfüllungsinteresse ersetzt verlangt werden;

11) vgl. §§ 1483 ff.

nisses, das durch Abschluß des formnichtigen, aber vermeintlich wirksamen obligatorischen Grundgeschäfts begründet wurde. Beim Ehevertrag fehlt ein derartiges Stufenverhältnis von obligatorischem Grundgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft. Vielmehr sind hier die obligatorischen Pflichten und die dingliche Zuordnung nebeneinander bestehende Komponenten e i n e s Vertrages, der seinen Rechtsgrund in sich selbst trägt. Der Hinweis auf die Lösung im Sachenrecht rechtfertigt daher nicht die Anwendbarkeit der Haftung für culpa in contrahendo beim Ehevertrag.

Gleichwohl meine ich, daß der verfügungsrechtliche Charakter des Ehevertrages einer Anwendbarkeit der Grundsätze zur Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß im Ergebnis nicht entgegensteht. Denn für die c.i.c.-Haftung ist maßgeblich der Gesichtspunkt des besonderen Vertrauensverhältnisses. Mag heute auch die Frage, worauf dieses besondere Vertrauensverhältnis beruht, insbesondere bei der Verletzung von sogen. Erhaltungspflichten dogmatisch noch nicht endgültig geklärt sein, so besteht doch Einigkeit darüber, daß das besondere Vertrauensverhältnis seinen Rechtsgrund jedenfalls nicht in den Vorwirkungen des später abgeschlossenen Vertrages findet[12]. Daher kann es für die Frage des Vorliegens eines besonderen Vertrauensverhältnisses auch nicht darauf ankommen, ob das abzuschließende Rechtsgeschäft nur obligatorische oder dingliche Wirkung hat. Erst recht kann aber aus dem Fehlen von obligatorischen Ansprüchen nicht auch das Fehlen von vorvertraglichen Sorgfaltspflichten gefolgert werden. Die Tatsache, daß das Verfügungsgeschäft keine vertraglichen Leistungspflichten begründet, schließt für sich allein das Bestehen von vorvertraglichen Sorgfaltspflichten nicht aus. Der Verfügungscharakter des Ehevertrages

---

12) Diese noch vom Reichsgericht in RGZ 95/58 (60) im Anschluß an Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß, S. 58 f vertretene Auffassung ist überholt. Vgl. Staudinger-Weber, § 242, A 417 m.w.N.

steht einer Anwendung der Grundsätze einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß daher nicht entgegen.

Eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß würde beim Ehevertrag jedoch dann auszuscheiden haben, wenn es zwischen den Ehepartnern an einem für diese Haftung wesentlichen haftungsverschärfenden Vertrauensverhältnis fehlte. Es bedarf zwar keines Nachweises, daß zwischen den Ehepartnern wegen ihres besonders engen persönlichen Verhältnisses auch der Grundsatz von Treu und Glauben in besonders ausgeprägter Form gilt[13]. Das darauf aufbauende Vertrauensverhältnis bezieht sich beim Ehevertrag auch - anders als bei der Eheschließung, bei der die persönlichen Beziehungen im Vordergrund stehen - ausschließlich auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Eheleute. Gleichwohl könnte man bezweifeln, daß dieses Vertrauensverhältnis die Anwendung der c.i.c.-Haftung rechtfertigt. Denn aus dem rechtspolitischen Anlaß für die Entwicklung der c.i.c., die vorvertraglichen Beziehungen der Verhandlungspartner der als ungenügend empfundenen Deliktshaftung zu entziehen und der strengeren vertragsähnlichen Haftung zu unterstellen[14], ergibt sich, daß Grundlage der c.i.c. nur ein die Haftung der Beteiligten gegenüber dem Deliktsrecht v e r s c h ä r f e n d e s Vertrauensverhältnis sein kann. Im Familienrecht werden die persönlichen Beziehungen der Ehegatten von der Rechtsprechung und Literatur in erster Linie aber dazu herangezogen, die Haftung der Ehepartner untereinander auszuschließen oder doch zu mildern[15]. So wird beispielsweise dem hintergangenen Ehegatten gegenüber seinem untreuen Partner ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung

---

13) Soergel-Knopp, § 242, Rdnr. 67;

14) Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 6 a a.E.; ausführlich Brox, Allg. Schuldrecht, S. 33 f, Rdnr. 55;

15) vgl. die ausführlichen Nachweise bei Staudinger-Hübner, Vorbem. 27 ff, 55 ff zu §§ 1353 ff BGB.

versagt[16], und bei Kraftfahrzeugverkehrsunfällen steht dem Verletzten gegen den Ehegatten, der den Unfall verschuldet hat, ein Anspruch auf Schmerzensgeld nicht zu[17]. Auch ein Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens wird dem Verletzten von einem beachtlichen Teil der Rechtsprechung und Literatur nur nach Maßgabe des § 1359 BGB gewährt[17a]. Es liegt daher die Schlußfolgerung nahe, bei einem derartigen Vertrauensverhältnis auch die Haftung wegen c.i.c. nicht zuzulassen.

Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Unterzieht man nämlich den Ausschluß der einzelnen Ansprüche einer genaueren Untersuchung, so ergibt sich folgendes: Für den Ausschluß des Schmerzensgeldanspruchs ist der Gesichtspunkt maßgebend, daß das Schmerzensgeld eine Art Buße oder Sühne für erlittene Schmerzen ist[17]. Da der Gedanke der Sühne dem Wesen der Ehe fremd ist, hat ein Schmerzensgeldanspruch zu Recht auszuscheiden. Für die c.i.c.-Haftung ergibt sich daraus aber nichts, da für diese der Sühnegedanke nicht akut werden kann. Ähnliches gilt für die Frage, ob wegen anläßlich eines Verkehrsunfalls erlittener Körperverletzungen und Sachbeschädigungen Schadensersatz verlangt werden kann. Denn dabei handelt es sich um ein Problem des § 1359 BGB. Diese Vorschrift hat jedoch keinen Haftungsausschluß, sondern nur eine Beschränkung des Haftungsmaßstabes zu Folge. Rückschlüsse auf die Zulässigkeit der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß lassen sich daraus nicht ziehen.

Der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen gegen den Ehegatten beim Ehebruch und bei sonstigem ehewidrigen Verhalten

---

16) Staudinger-Hübner, a.a.O., Vorbem. 55 f;

17) Staudinger-Hübner, a.a.O., Vorbem. 29;

17a) zum Streitstand vgl. ausführlich Staudinger-Hübner § 1359 Anm. 7 m.w.N.

beruht - vordergründig[18] - auf den Erwägungen[19], daß die Verletzung derartiger Pflichten im Familienrecht, d.h. insbesondere im Scheidungsrecht abschließend geregelt sei. Mache der betrogene Ehepartner von seinem Scheidungsrecht keinen Gebrauch, so solle ihm auch ein Schadensersatzanspruch nicht zustehen. Die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs würde zudem zu einer Umgehung des § 888 Abs. 2 ZPO führen, der in Ehesachen Zwangsmittel ausschließt. Schließlich ergebe sich aus § 1298 BGB, daß Schadensersatzansprüche im Familienrecht nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu gewähren seien.

Diese Argumente vermögen m.E. nur den Ausschluß der (deliktischen) Haftung in Fällen ehebrecherischer oder sonst ehewidriger Beziehungen eines Ehepartners zu rechtfertigen. Für einen allgemeinen Ausschluß der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß im Familienrecht geben sie dagegen nichts her. Von einer Umgehung des § 888 Abs. 2 ZPO kann hier keine Rede sein, da nicht die Pflicht zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern vermögensrechtliche Ansprüche in Frage stehen. Auch der Hinweis auf § 1298 BGB und das daraus abgeleitete arg.e.contrario verfangen beim Ehevertrag nicht. Denn einmal hat dieses Argument nicht verhindert, daß beim Abschluß eines Verlöbnisvertrages über § 1298 BGB hinaus eine Haftung aus c.i.c. u.a. dann anerkannt wird, wenn ein Teil die Nichtigkeit des Verlöbnisses kannte oder kennen mußte[20]. Zum anderen sieht § 1435 Satz 3 BGB[21] für den das Gesamtgut verwaltenden Ehegatten bei schuldhaftem Verhalten eine Schadensersatzpflicht vor. Aus diesem Grund

---

[18] Zu dem tieferen Grund vgl. sogleich S. 163 der Arbeit;

[19] vgl. dazu Staudinger-Hübner, Vorbem. 55 zu § 1353 ff;

[20] Staudinger-Dietz, Vorbem. 56 zu §§ 1297 ff; Dietz, Dt. Personen-, Familien- und Erbrecht, § 13 I 2 c, S. 81; vgl. auch Gernhuber, Familienrecht, § 8 V 4, S. 68: Die §§ 1298 ff enthalten keine abschließende Regelung, ganz herrschende Meinung;

[21] vgl. auch § 1487 Abs. 1, der auf § 1435 S. 3 BGB verweist.

kann auch hier von einer anderweitigen abschließenden Regelung nicht gesprochen werden. Die Gründe, die zum Ausschluß der deliktischen Haftung des Ehegatten führten, der ehebrecherische oder sonst ehewidrige Beziehungen unterhielt, vermögen somit eine Haftung aus c.i.c. beim Abschluß eines Ehevertrages nicht auszuschließen.

Daß die Haftung wegen c.i.c. beim Abschluß eines Ehevertrages zuzulassen ist, ergibt sich aber auch aus folgender Überlegung: Für die Ablehnung des Schadensersatzanspruchs bei ehewidrigem Verhalten ist letztlich die Erwägung maßgeblich, daß sich die Rechtspflege aus diesen rein persönlichen und den Intimbereich der Ehe betreffenden Beziehungen weitestgehend herauszuhalten hat[22]. Eine solche Zurückhaltung ist aber dort nicht angebracht, wo nicht das sittliche Verhältnis, sondern die rein vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten berührt sind. Daher ist eine Haftung der Ehegatten untereinander überall dort anerkannt, wo sie Geschäfte abschließen, die ihren Grund nicht in der Ehe finden, sondern nur anläßlich der Ehe erfolgen[23]. Bei den güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten wird ihrer besonderen persönlichen Beziehung hinreichend dadurch Rechnung getragen, daß die Ehegatten gem. § 1359 BGB bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Pflichten einander nur für diligentia quam in suis einzustehen haben[24]. Folglich haften die Ehegatten einander auch beim Abschluß eines Ehevertrages grundsätzlich aus c.i.c., wenn auch der Verschuldensmaßstab durch § 1359 BGB modifiziert wird[25].

---

22) Vgl. Beitzke, Anm. zu OLG Neustadt, ZBlfJR 1952, S. 21o ff ebenda, S. 212; m.E. ist das ein Gebot der Achtung der Menschenwürde;

23) vgl. Palandt-Lauterbach, § 1359, Anm. 1 zur Leihe;

24) Palandt-Lauterbach, § 1359, Anm. 1. Im übrigen greift der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ein, wenn das Recht mißbräuchlich ausgeübt wird. Vgl. Staudinger-Hübner, Vorbem. 27 und 31 zu §§ 1353 ff;

25) diese Haftungserleichterung gilt auch für die vorvertragliche Haftung, vgl. oben, S. 28 FN 71 der Arbeit.

Demgemäß greift die Haftung aus c.i.c. auch dann ein, wenn einem Ehepartner ein vorvertragliches Verschulden hinsichtlich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Ehevertrages zur Last fällt. Diese Haftung steht nicht im Widerspruch zu dem von der Formvorschrift des § 1410 BGB verfolgten Zweck. Neben der Wahrung der Abschluß- und Inhaltsklarheit hinsichtlich des auf lange Dauer angelegten Vertrages bezweckt die vorgeschriebene Form, die Ehepartner vor dem übereilten und unüberlegten Abschluß derart einschneidender Verträge zu warnen. Das zwar nicht in dem Sinn, daß die Gefahr einer Übervorteilung eines Teils durch den anderen befürchtet würde[26]. Gleichwohl soll den Parteien eben wegen der Bedeutung des Vertrages die Möglichkeit einer sachverständigen Beratung geboten werden[27]. Auch der so verstandene Übereilungsschutz wird aber weder durch einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses noch durch den Ersatz des positiven Interesses beeinträchtigt. Insoweit kann wiederum auf die Ausführungen im ersten Teil der Arbeit zu § 313 BGB verwiesen werden.

Weiterer - und dem Übereilungsschutz keineswegs nachstehender[28] - Zweck des § 1410 BGB ist es, die öffentliche Rechtssicherheit und damit die Belange dritter Personen zu schützen, die mit den Ehepartnern in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten[29]. Für diese ist es durchaus bedeutsam zu wissen, wer Eigentümer und wer vertretungs- oder verfügungsbefugt ist. Diese Interessen werden durch einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhaften Verhaltens bezüglich der

---

26) Vgl. Protokolle IV, S. 218;

27) Staudinger-Felgentraeger, § 1410, Anm. 1 m.w.N.;

28) Hachenburg, Das Bürgerl. Gesetzbuch, S. 82;

29) Motive Bd. IV, S. 311; vgl. Protokolle V, S. 436 f; Staudinger-Felgentraeger, a.a.O.

Formbedürftigkeit des Ehevertrages nicht berührt[30]. Soweit das Interesse Dritter an der Erkennbarkeit der dinglichen Zuordnung der Vermögensgegenstände in Frage steht, folgt das schon daraus, daß selbst der auf Naturalrestitution gerichtete Schadensersatzanspruch die dingliche Rechtslage nicht unmittelbar verändert, sondern nur einen entsprechenden obligatorischen Anspruch gegen den anderen Ehegatten gewährt. Im übrigen werden die Interessen Dritter an der Vertretungs- und Verfügungsbefugnis des jeweiligen Ehegatten hinreichend durch die Vorschrift des § 1412 BGB[31] gewahrt. Nach dieser Vorschrift können die Ehegatten aus dem Ehevertrag Einwendungen gegenüber Dritten nur herleiten, wenn der Ehevertrag im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war.
Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß beim Abschluß eines Ehevertrages eine Haftung aus c.i.c. generell sowie in den hier besprochenen Fällen eingreift, daß einem Ehepartner ein vorvertragliches Verschulden hinsichtlich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Ehevertrages zur Last fällt. Der Verschuldensmaßstab bestimmt sich dabei allerdings aus § 1359 BGB.

II. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft

Haben die Ehegatten durch Ehevertrag fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483 BGB) vereinbart, so können der überlebende Ehegatte und die anteilsberechtigten Abkömmlinge durch Vertrag den Verzicht eines Abkömmlings auf seinen Anteil am Gesamtgut[32], Aufhebung der fortgesetzten

---

30) Im übrigen wäre ein Ehevertrag, der den Vorschriften zum Schutze der Gläubiger widerspricht, schon aus diesem Grunde nichtig. Staudinger-Felgentraeger, § 1408, Rdnr. 66 ff;

31) vgl. dazu Palandt-Lauterbach, § 1412, Anm. 4;

32) § 1491 Abs. 2 BGB. Wird der Verzicht v o r Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft vereinbart, so gelten gem. § 1517 die Vorschriften zum Erbverzicht. Vgl. § 2348 BGB. Siehe dazu unten, S. 174 ff der Arbeit.

Gütergemeinschaft[33] oder die Art der Anrechnung der einem Abkömmling für seinen Verzicht aus dem Gesamtgut gewährten Abfindung[34] regeln. Diese Verträge bedürfen der (gerichtlichen oder)[35] notariellen Beurkundung. Es taucht daher auch hier das Problem auf, ob derjenige, der schuldhaft falsche Erklärungen hinsichtlich der Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrages abgibt und dadurch die Formnichtigkeit verursacht, dem oder den geschädigten Partnern zum Schadensersatz aus c.i.c. verpflichtet ist.

Man denke etwa an den Fall, daß es der auf seinen Anteil verzichtende Abkömmling übernommen hat, sich nach der einzuhaltenden Form des Vertrages zu erkundigen. Er holt diese Auskunft bei einer für solche Fragen erkennbar unqualifizierten Stelle ein; muß er nun dem überlebenden Ehegatten den Schaden ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Wirksamkeit des Verzichts und damit die dingliche Anwachsung des Anteils[36] vertraut hat, und kann dieser, wenn der Verzicht gegebenenfalls formgerecht vereinbart worden wäre, das Erfüllungsinteresse oder den Neuabschluß eines formgültigen Verzichtvertrages verlangen?

Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Grundsätze der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß könnten sich aus folgendem ergeben: Grundlage der besonderen vorvertraglichen Sorgfaltspflichten ist nach neuerer dogmatischer Erkenntnis, daß die Parteien durch die Anbahnung des Vertragsschlusses dem jeweiligen Partner im größeren Umfang Eingriffsmöglichkeiten in das eigene Vermögen bieten und als Ausgleich dafür ein erhöhtes Maß von Vertrauen in die Redlichkeit des

---

33) § 1492 Abs. 2 BGB;

34) § 1501 Abs. 2 BGB;

35) insoweit durch § 56 Abs. 1 des Beurkundungsgesetzes von 1969 aufgehoben;

36) Palandt-Lauterbach, § 1491, Anm. 3.

Partners in Anspruch nehmen dürfen, wie sie auch selbst zu erhöhter Redlichkeit verpflichtet sind[37].

Bei den hier in Frage stehenden Verträgen entsteht die erhöhte Eingriffsmöglichkeit in das Vermögen des Verhandlungspartners aber nicht erst durch die Anbahnung des Vertragsschlusses, sondern ist bei Eintritt in die Vertragsverhandlungen bereits auf Grund der Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, d.h. auf Grund der Entscheidung Dritter[38] vorgegeben. Bereits mit Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind sich die Anteilsberechtigten gegenseitig zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet. Ich meine jedoch, daß das eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht ausschließt. Für die Anwendbarkeit der Grundsätze der culpa in contrahendo kann es nicht darauf ankommen, ob die Eröffnung der erhöhten gegenseitigen Schädigungsmöglichkeit auf dem eigenen Entschluß der Parteien zum Eintritt in die Vertragsverhandlungen beruht oder in diesem Zeitpunkt bereits vorhanden ist. Maßgeblich kann nur sein, o b zwischen den Parteien eine - verglichen mit dem Verhältnis zwischen Dritten - erhöhte gegenseitige Eingriffsmöglichkeit besteht, die es rechtfertigt, ein Maß an Redlichkeit zu fordern und zu gewähren, wie es sich Vertragsparteien schulden. Das ist aber bei den Anteilsberechtigten der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu bejahen. Zudem würde ein vertragliches Vertrauensverhältnis, auch wenn es vorher noch nicht bestanden hätte, durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen begründet worden sein. Der Ersatzberechtigte kann aber dadurch, daß bei den hier behandelten

---

37) Zum Gesichtspunkt der Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen grundlegend Ballerstedt, ACP Bd. 151, S. 501 (506/07); ebenso Staudinger-Weber, § 242, A 417; Soergel-Reimer Schmidt, Vorbem. 5 zu § 275; Larenz, Schuldrecht I, § 4 V, S. 39;

38) jedenfalls gilt das für die anteilsberechtigten Abkömmlinge.

Verträgen bereits von vornherein ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand, nicht schlechter gestellt werden, als er ohne ein solches ursprüngliches Vertrauensverhältnis stehen würde. Die Tatsache, daß bei den hier erörterten Verträgen ein besonderes Vertrauensverhältnis schon vor dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen bestand, schließt die Anwendbarkeit des Instituts der c.i.c. somit nicht aus.

Die Haftung für ein Verhalten vor oder bei Abschluß derartiger Verträge könnte aber mit Rücksicht darauf ausgeschlossen sein, daß das Gesetz selbst eine Schadensersatzhaftung für ein Verhalten n a c h Abschluß dieser Verträge nicht vorgesehen hat[39]. Da es rechtspolitischer Anlaß für die Entwicklung des Instituts der c.i.c. war, die vorvertraglichen Beziehungen der Verhandlungspartner dem reinen Deliktsrecht zu entziehen und der strengeren vertraglichen Haftung zu unterstellen[4o], liegt es nahe, für die c.i.c. den Grundsatz aufzustellen, daß diese Haftung das Stadium der Vertragsverhandlungen lediglich der vertraglichen Schadensersatzhaftung unterwerfen solle. Sie dürfe den Schadensersatzberechtigten aber keinesfalls besser stellen als die vertragliche Schadensersatzregelung. Mithin habe eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ganz auszuscheiden, wenn das Gesetz eine vertragliche Schadensersatzhaftung ausgeschlossen hat.

M.E. gilt ein solcher Grundsatz nicht. Es ist zwar richtig, daß die vorvertragliche Haftung den Berechtigten nicht besser stellen darf als er bei Gültigkeit des Vertrages stünde[41]. Der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. darf daher

---

39) § 1487 Abs. 1 BGB, der auf § 1435 S. 1 und S. 3 BGB verweist, betrifft nicht diese Verträge, sondern nur die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, d.h. die Verwaltung;

4o) Palandt-Heinrichs, § 276 BGB, Anm. 6 a a.E.; Brox, Allg. Schuldrecht, S. 33 f Rdnr. 55;

41) siehe oben, S. 7o ff der Arbeit.

nicht weiter reichen als der vertragliche Erfüllungsanspruch[42]. Es ist aber eine andere Frage, ob die Haftung aus c.i.c. über die vertragliche Schadensersatzhaftung hinausgehen darf. Denn die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs aus c.i.c. stellt den Berechtigten auch dann, wenn eine vertragliche Schadensersatzhaftung ausgeschlossen ist, nicht besser, als er bei Gültigkeit des Vertrages stünde. Bei Gültigkeit des Vertrages hätte der Berechtigte zwar keine Schadensersatzansprüche, wohl aber einen durchsetzbaren vertraglichen Erfüllungsanspruch. Daher kann aus dem Sinn und Zweck der c.i.c. auch nicht der Grundsatz abgeleitet werden, daß diese Haftung stets dann auszuscheiden habe, wenn eine vertragliche Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung ausgeschlossen ist.
Es kommt vielmehr stets darauf an, ob die Gründe, die bei dem jeweiligen Vertragstypus zu einem Ausschluß der vertraglichen Schadensersatzpflicht geführt haben, auch das Absehen von einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß erfordern. Denn es ist selbstverständlich, daß sich eine Haftung für c.i.c., die bei Schaffung des BGB noch kaum entwickelt war, nicht in Widerspruch zu den Gründen setzen darf, die bei dem konkreten Vertragstypus zum Ausschluß der vertraglichen Schadensersatzhaftung geführt haben.

Welche Gründe den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, bei den hier zu besprechenden Verträgen von der Anordnung einer Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung abzusehen, ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Die engen persönlichen Beziehungen der Beteiligten dürften dafür kaum maßgeblich gewesen sein. Andernfalls hätte eine Schadensersatzhaftung auch im Falle des § 1487 Abs. 1 i.V. mit § 1435 S. 3 BGB nicht angeordnet werden dürfen. Im übrigen würden, wie die obigen Erörterungen zum Ehevertrag zeigen, die

---

[42] Bzw. bei Verfügungsgeschäften die Rechtsposition, die der Vertrag unmittelbar schafft.

besonderen persönlichen Beziehungen eine Haftung aus c.i.c. nicht ausschließen. Man geht aber wohl nicht fehl in der Annahme, daß für den Ausschluß der vertraglichen Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung allein die begriffliche Erwägung maßgeblich gewesen ist, daß es sich bei diesen Verträgen um reine Verfügungsgeschäfte handelt, für die eine eventuell gleichzeitig vereinbarte obligatorische Verpflichtung[43] allenfalls die Bedeutung einer Bedingung[44] hat. Da aber bei reinen Verfügungsgeschäften eine Pflicht zur "Erfüllung" schon aus logischen Gründen ausgeschlossen ist, käme hier auch ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus begrifflichen Gründen nicht in Betracht. Diese Gründe greifen jedoch, wie schon gezeigt[45], für die Haftung aus c.i.c. nicht durch. Der Ausschluß einer Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht somit einer Haftung aus Verschulden beim Abschluß der hier erörterten Verträge nicht entgegen.

Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß steht auch nicht in Widerspruch mit den von den Formvorschriften der §§ 1491 Abs. 2 S. 2, 1492 Abs. 2 S. 2 und 15o1 Abs. 2 S. 2 BGB verfolgten Zwecken. Soweit sie den Schutz der Beteiligten vor übereilten Handlungen sicherstellen wollen, gilt das bereits zu § 313 BGB Gesagte. Aber auch die Interessen Dritter an der Offenkundigkeit der Rechtsverhältnisse werden nicht beeinträchtigt, da auch der auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages gerichtete Schadensersatzanspruch die dingliche Rechtslage selbst nicht verändert. Die Interessen der Dritten werden im übrigen ausreichend dadurch gewahrt, daß die genannten Verträge nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung unterliegen[46]. Die Zulassung

---

43) Z.B. zur Abfindung des verzichtenden Abkömmlings, § 15o1 Abs. 1 BGB;

44) vgl. Palandt-Lauterbach, § 1491, Anm. 2;

45) siehe oben, S. 159 der Arbeit;

46) Palandt-Lauterbach, § 1491, Anm. 3 (zum Verzicht).

der Haftung für c.i.c. beim Abschluß eines Vertrages nach §§ 1491 Abs. 2, 1492 Abs. 2 oder 15o1 BGB steht damit auch nicht im Widerspruch zum Zweck der jeweiligen Formvorschrift.

Als Ergebnis läßt sich daher festhalten, daß eine Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen der c.i.c. zwar nicht bei Eingehung der Ehe oder beim Abschluß eines Adoptionsvertrages, wohl aber beim Abschluß eines formnichtigen Ehevertrages (§ 14o8 BGB), Verzichtsvertrages (§ 1491 Abs. 2 BGB), Aufhebungsvertrages (§ 1492 Abs. 2 BGB) und Anrechnungsvertrages (§ 15o1 Abs. 2 S. 1 BGB) eingreift.

§ 1o Die Haftung wegen culpa in contrahendo im Erbrecht

Im Erbrecht tauchen Interessenlagen, die eine Haftung wegen c.i.c. rechtfertigen könnten, nur begrenzt auf. Eine solche Haftung scheidet jedenfalls auf dem weiten Gebiet der Errichtung von Testamenten aus. Denn auch ein wirksames Testament gewährt dem darin als Erben eingesetzten oder sonstwie Bedachten weder einen obligatorischen Anspruch noch ein Anwartschaftsrecht, sondern lediglich eine rein tatsächliche Chance, Erbe des Testators zu werden. Diese bloß tatsächliche Chance stellt aber keine schutzwürdige Rechtsposition dar und kann folglich auch keine Basis für ein Vertrauensverhältnis bilden, dessen Verletzung zum Schadensersatz verpflichten würde. Soweit die formfehlerhafte Errichtung von Testamenten in Frage steht, kommen daher Schadensersatzansprüche aus c.i.c. nicht in Betracht. Schadensersatzansprüche können sich hier ausschließlich aus § 826 BGB ergeben. Man denke an den Fall, daß der gesetzliche Erbe den Erblasser bei Abfassung des Testaments, durch das ein Dritter zum Alleinerben eingesetzt werden soll, über die Formerfordernisse des Testaments wissentlich falsch berät und dadurch die Formnichtigkeit des Testaments verursacht[1]. Eine Haftung wegen c.i.c. erscheint jedoch beim Erbschaftskauf, beim Erbvertrag und bei dessen Gegenstück, dem Erbverzicht denkbar.

I. Der Erbschaftskauf

Nach § 2371 BGB bedarf ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, der (gerichtlichen oder)[2] notariellen Beurkundung. Das gleiche gilt gem.

---

[1] Bejahend zu § 826 BGB Boehmer, Grundlagen II, 2, S. 98; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 86. Zur Haftung des Erblassers aus § 826 BGB vgl. einerseits G. und D. Reinicke, MDR 1954, S. 641 (645); Staudinger-Dittmann, § 2274, Rdnr. 26; Pikalo, Recht der Landwirtschaft 1954, S. 193 (195); andererseits Humbert, NJW 1956, S. 1857 (1859);

[2] insoweit durch § 56 Abs. 1 des Beurkundungsgesetzes von 1969 aufgehoben.

§ 312 Abs. 2 BGB für einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird[3]. Diese Verträge sind rein obligatorischer Natur[4]. Ihre Interessenlage entspricht im wesentlichen der des Grundstückskaufs[5]. Es bestehen deshalb keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Haftung für culpa in contrahendo bei diesen Verträgen. Etwas anderes ergibt sich bezüglich der hier behandelten Fallgruppe der c.i.c. auch nicht aus dem Zweck der Formvorschriften der §§ 2371, 312 Abs. 2 S. 2 BGB. Diese Vorschriften bezwecken in erster Linie den Schutz der Parteien vor übereilten, unüberlegten Vertragsschlüssen[6]. Insbesondere soll der Erbschaftsverkäufer vor Übervorteilung durch gewerbsmäßige Aufkäufer geschützt werden. Dieser Formzweck wird jedoch durch einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. nicht verletzt. Insoweit kann auf die Erörterungen zu § 313 BGB verwiesen werden.
Neben dem Schutz vor Übereilung soll das Formerfordernis die Klarstellung des Rechtsverhältnisses erleichtern, und zwar einmal in dem Sinne, daß der Käufer den Nachweis seines Rechts gegenüber Dritten (z.B. Nachlaßschuldnern) leichter erbringen kann[7], und zum anderen, indem es klarstellt, an wen sich Dritte (z.B. Nachlaßgläubiger, Vermächtnisnehmer) halten können[8]. Soweit die Interessen Dritter in Betracht kommen, ergeben sich gegen die Gewährung eines Schadenser-

---

3) Vgl. insoweit oben, S. 131 f der Arbeit;

4) das gilt auch für den im Erbrecht geregelten Erbschaftskauf. Motive II, S. 353; Palandt-Keidel, Überblick 1 vor § 2371;

5) vgl. die Bezugnahme des § 313 BGB in Protokolle II, S. 114;

6) Protokolle II, S. 114/15;

7) Protokolle II, S. 115; Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 86;

8) Protokolle II, S. 115; Enneccerus-Kipp-Coing, § 111 II, S. 479; Lange, Erbrecht, § 47 II 1 FN 9, S. 601.

satzanspruchs aus c.i.c. keine Bedenken. Denn die Belange Dritter werden hinreichend durch die in den §§ 2382 f BGB getroffene Regelung gewahrt[9]. Doch auch das Interesse des Käufers an der Beweisbarkeit seines Rechts gegenüber Dritten wird durch die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht verletzt. Liegt das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten - wie es in der Regel der Fall ist - beim Verkäufer, so ergibt sich die Unbeachtlichkeit dieses Formzwecks schon daraus, daß man anderenfalls den Schutzzweck der Formvorschrift gegen die zu schützende Partei ins Feld führen würde. Liegt aber ausnahmsweise das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten beim Käufer, so wird der Formzweck, dem Käufer den Nachweis seines Rechts gegenüber Dritten zu erleichtern, für den Schadensersatzanspruch erst gar nicht akut.
Die Haftung wegen c.i.c. greift somit auch dann ein, wenn einem Teil beim Abschluß eines Erbschaftskaufvertrages (§ 2371 BGB) oder eines Vertrages nach § 312 Abs. 2 BGB hinsichtlich der einzuhaltenden Form ein vorvertragliches Verschulden zur Last fällt.

II. Der Erbvertrag und Erbverzicht

Nach § 2276 Abs. 1 BGB kann ein Erbvertrag[10] nur zur Niederschrift eines Notars[11] bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen[12] werden. Gemäß § 2348 BGB bedarf der Erbverzichtsvertrag[13] der (gerichtlichen oder)[14]

---

9) Die h.M. hat daher auch keine Bedenken, den Vertrag über § 242 BGB als wirksam zu behandeln. Palandt-Keidel, § 2371, Anm. 1; vgl. BGH in FamRZ 1967, S. 465 (469);

10) zum möglichen Inhalt siehe § 2278 BGB;

11) § 2276 Abs. 1 BGB, neugefaßt durch § 57 Abs. 3 Nr. 14 des Beurkundungsgesetzes von 1969;

12) oder aufgehoben werden, § 2290 Abs. 4 BGB;

13) bzw. dessen Aufhebung, § 2351 BGB;

14) insoweit aufgehoben durch § 56 Abs. 1 des Beurkundungsgesetzes von 1969.

notariellen Beurkundung. Das gleiche gilt gemäß § 1517 BGB für den Vertrag, durch den der zukünftige Anteilsberechtigte vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf seinen Anteil verzichtet. Nehmen wir nun an, der Unternehmer U habe seinem Betrieb die kaufmännischen Qualitäten seines Neffen N, der in seinem Betrieb arbeitete, sich aber bald verändern wollte, dadurch sichern wollen, daß er ihn erbvertraglich zum Alleinerben einsetzte. Auf die Frage des N, ob man damit nicht zum Notar gehen müsse, habe U erwidert, wie beim Testament genüge es auch hier, den Vertrag handschriftlich niederzulegen und zu unterschreiben. Kann N, sobald sich die Nichtigkeit des Erbvertrages herausstellt, von U oder dessen Erben aus c.i.c. den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf die Gültigkeit des Erbvertrages vertraut und deshalb nicht eine besserbezahlte Stellung angetreten hat?

Der Erbvertrag und Erbverzicht sind abstrakte Verträge, denen zwar ein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegen kann[15], die eines solchen Rechtsgrundes aber nicht bedürfen[16]. Sie sind auch dann keine gegenseitigen Verträge im Sinne der §§ 320 ff BGB, wenn sie mit einer schuldrechtlichen Gegenverpflichtung[17] verknüpft sind[18]. Dieser besondere Charakter der erbrechtlichen Verträge schließt die Anwendbarkeit der Grundsätze einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß jedoch nicht aus. Daß die mangelnde Gegenseitigkeit einer Haftung für culpa in contrahendo nicht entgegensteht, wurde bereits in § 6 dieser Arbeit nachgewiesen; und auch die abstrakte Natur der Verträge widerspricht nicht der Anwendbar-

---

15) Palandt-Keidel, § 2348, Anm. 1;

16) Palandt-Keidel, Überblick 1 vor § 2346 (zum Erbverzicht);

17) z.B. gemäß § 2295 BGB (Unterhaltspflicht). Vgl. dazu Palandt-Keidel, § 2295, Anm. 1;

18) Staudinger-Dittmann, Vorbem. 1o zu § 2274; Palandt-Keidel, § 2278, Anm. 4; § 2295, Anm. 1.

keit dieser Haftung, wie die Erörterungen zum Ehevertrag zeigen.

Zweifelhaft könnte aber sein, ob es beim Erbvertrag nicht an einem schutzwürdigen Vertrauensverhältnis fehlt, das die besondere Einstandspflicht rechtfertigen kann. Denn selbst ein wirksamer Erbvertrag gibt dem Vertragserben unmittelbar keine dingliche Rechtsstellung oder obligatorische Ansprüche. Der Erblasser ist in weitem Rahmen[19] frei, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen, § 2286 BGB. Diese Verfügungsmöglichkeit des Erblassers schließt die Anwendbarkeit der c.i.c.-Haftung nicht aus. Wenn der Erblasser auch unter Lebenden frei über sein Vermögen verfügen kann, so ist er doch durch den Erbvertrag an anderweitigen Verfügungen von Todes wegen gehindert. Soweit diese dem Erbvertrag widersprechen, sind sie unwirksam, § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB . Der Erblasser kann den Erbvertrag nur unter bestimmten Voraussetzungen anfechten, §§ 2281 ff BGB oder von ihm zurücktreten, §§ 2293 ff BGB. Im übrigen ist aber eine einseitige Aufhebung des Erbvertrages durch den Erblasser nicht möglich. Es bedarf dazu vielmehr einer formbedürftigen Vereinbarung mit dem Vertragserben, § 2290 BGB. Der Vertragserbe hat demzufolge eine weit stärkere Stellung als der lediglich testamentarisch eingesetzte Erbe, der gegen den Widerruf des Testaments und gegen die Errichtung eines neuen Testaments in keiner Weise geschützt ist. Dem Vertragserben steht daher bereits zu Lebzeiten des Erblassers ein Anwartschaftsrecht zu[20]. Er kann zwar nicht darauf vertrauen, daß bestimmte Vermögensgegenstände zur Erbschaft gehören werden. Er ist jedoch insoweit schutzwürdig, als er darauf vertraut, überhaupt Erbe zu werden. Im gleichen Umfang ist daher grundsätzlich auch das Vertrauen darauf schutzwürdig, daß der abzuschließende Erbvertrag formgültig ist. Die Freiheit

---

19) Grenzen: §§ 2287 f BGB;

20) Palandt-Keidel, Überblick 2 vor §§ 2274 ff BGB.

des Erblassers, trotz der Bindung an den Erbvertrag frei unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, steht einer Haftung aus c.i.c. damit nicht entgegen.

Aus eben diesem Grunde widerspricht die Anerkennung der Haftung für culpa in contrahendo bei erbrechtlichen Verträgen auch nicht den Überlegungen, die dazu geführt haben, daß das Gesetz eine v e r t r a g l i c h e Schadensersatzhaftung nur bei der (erbvertraglichen) Anordnung eines Vermächtnisses angeordnet hat, §§ 2182 f BGB, nicht aber bei der erbvertraglichen Erbeinsetzung. Wenn auch die Gesetzesmaterialien zu dieser Frage nichts enthalten, so dürfte der Grund für das Absehen von einer vertraglichen Schadensersatzhaftung des Erblassers beim Erbvertrag darin liegen, daß die Befolgung seiner vertraglichen Verpflichtung, sich anderweitiger Verfügungen von Todes wegen zu enthalten, statt durch eine Schadensersatzhaftung durch das strengere Mittel der Unwirksamkeitsanordnung der späteren Verfügungen von Todes wegen sichergestellt wurde. Weitergehende vertragliche Pflichten sollen den Erblasser[21)] aber, wie § 2286 BGB zeigt, nicht treffen. Die Möglichkeit der Unwirksamkeitsanordnung (späterer Verfügungen) bietet sich nun aber nicht an, wenn der Erbvertrag formnichtig ist. Daher können die Gründe, die den Gesetzgeber beim Erbvertrag von einer vertraglichen Schadensersatzhaftung haben absehen lassen, gegen die Anerkennung der Schadensersatzhaftung für Verschulden bei Vertragsschluß nichts aussagen. Sie zwingen lediglich zu besonderer Vorsicht bei der Schadensermittlung, da hierbei stets die Freiheit des Erblassers zu Verfügungen unter Lebenden berücksichtigt werden muß.

Das gleiche gilt im Ergebnis für den Erbverzichtsvertrag. Hier ist ein vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen

---

21) Auch für Verfehlungen des Vertragserben hat das Gesetz statt eines Schadensersatzanspruchs die schärfere Maßnahme des Rücktritts des Erblassers vom Erbvertrag vorgesehen, §§ 2294 ff BGB.

Nichterfüllung schon aus logischen Gründen ausgeschlossen. Denn der Verzichtsvertrag begründet keine Pflichten, die noch erfüllt werden könnten, sondern regelt die rechtlichen Beziehungen der Parteien abschließend. Daß die abstrakte Natur des Vertrages eine Haftung für c.i.c. nicht ausschließt, ist aber schon im Rahmen der Erörterungen zum Ehevertrag nachgewiesen worden[22]).

Der Schadensersatzanspruch könnte jedoch im Widerspruch mit den von den Formvorschriften der §§ 2276 Abs. 1 und 2348 BGB verfolgten Zwecken stehen. Neben dem Schutz der Parteien vor Übereilung[23]) dienen diese Vorschriften in erster Linie der Rechtssicherheit. Die Form soll eine erhöhte Gewähr dafür bieten, daß bei einem so wichtigen Rechtsgeschäft die Erfüllung aller Voraussetzungen für dessen Gültigkeit tunlichst feststeht und künftigen Rechtsstreitigkeiten über den Vertrag vorgebeugt wird[24]). Dieser Gesichtspunkt spielt hier deshalb eine besondere Rolle, weil der Erblasser mit seinem Ableben über seinen Willen keine Auskunft mehr geben kann.

Daneben soll die Einhaltung der Form auch die Interessen Dritter schützen; denn der Erbverzichtsvertrag und - stellt man auf den Zeitpunkt des Erbfalls ab - auch der Erbvertrag regeln die Zuordnung des Vermögens des Erblassers mit dinglicher Wirkung und berühren somit auch die Interessen der Nachlaßgläubiger, der Kreditgeber des Erben etc. Gerade aus diesem Grunde lehnt die überwiegende Meinung in der Literatur die Aufrechterhaltung formnichtiger Erbverträge oder Hofübergabeverträge aus dem Gesichtspunkt des Einwandes der

---

22) Siehe oben, S. 158 ff der Arbeit;

23) vgl. Pikalo, Recht der Landwirtschaft 1954, S. 193 (195). Die Motive erwähnen diesen Zweck nicht;

24) Motive V, S. 316 f (zum Erbvertrag).

unzulässigen Rechtsausübung ab[25]. Dieser Gesichtspunkt könnte auch dazu führen, die Haftung aus c.i.c. beim Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag auszuschließen.

Soweit die Interessen Dritter an der Erkennbarkeit der objektiven, dinglichen Rechtslage in Frage stehen, bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulassung der Haftung aus c.i.c.. Selbst dann, wenn der Schadensersatzanspruch auf Naturalrestitution, d.h. auf formgerechten Neuabschluß des Erbvertrages oder - nach dem Erbfall - auf Übertragung des Nachlasses gerichtet ist, werden die Interessen Dritter an der Erkennbarkeit der objektiven, dinglichen Rechtslage nicht beeinträchtigt. Denn anders als das Institut des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ändert der Schadensersatzanspruch die dingliche Rechtslage nicht unmittelbar, sondern gewährt nur einen schuldrechtlichen Anspruch. Durch einen solchen Anspruch werden die schutzwürdigen Interessen Dritter aber nicht berührt, da die Dritten auch einem freiwilligen Neuabschluß des Erbvertrages durch den Erblasser oder einer Übertragung des Nachlasses durch den Erben nicht widersprechen könnten. Insoweit gilt hier das zum Gesellschaftsvertrag Gesagte[26] in gleicher Weise.

Die Zulassung eines Schadensersatzanspruchs aus c.i.c. würde den Formzweck der Wahrung der Rechtssicherheit allerdings insoweit beeinträchtigen, als das Beweisinteresse der Parteien und damit das öffentliche Interesse an der Vorbeugung oder Abkürzung von Prozessen in Frage steht. Die h.M.[27] hat diesem Formzweck zwar im Erbrecht bei dem auf

---

[25] Zum Streitstand vgl. Staudinger-Weber, § 242, D 432; D 441; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 86 f; Battes, JZ 1969, S. 683 FN 2, jeweils mit weiteren ausführlichen Nachweisen. A.A. insbesondere der BGH in BGHZ 12/286 (303 ff) und 23/249 ff;

[26] siehe oben, S. 150 ff der Arbeit;

[27] siehe oben, S. 172 FN 1 der Arbeit.

§ 826 BGB gestützten Schadensersatzanspruch im Ergebnis keine Bedeutung zugemessen, da bei arglistigem Verhalten die Rechtssicherheit hinter dem Interesse an einer gerechten Entscheidung zurückzutreten habe[28]. Das besagt aber noch nichts zu der Frage, ob der Schadensersatzpflicht auch dann der Vorrang vor dem Formzweck gebührt, wenn ihr nur ein fahrlässiges Verhalten zugrundeliegt, wie es regelmäßig bei der c.i.c. der Fall ist. Es ließe sich die Auffassung vertreten, daß bei bloß fahrlässigem Verhalten die Schadensersatzpflicht zurückzutreten habe, da auch bezüglich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung anerkannt ist, daß das fahrlässige Verhalten für sich allein die Formzwecke nicht aufzuheben vermag[29]. Dem Formzweck, die Rechtssicherheit zu wahren, kann auch nicht durch die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf formgerechten Neuabschluß Genüge getan werden. Abgesehen davon, daß durch einen solchen Anspruch die Beweisschwierigkeiten nur verschoben würden[3o], kommt ein Neuabschluß im Erbrecht schon deshalb nicht in Betracht, weil sich die Formnichtigkeit hier zumeist erst dann herausstellt, wenn der Erblasser verstorben und eine formgerechte Wiederholung des Vertragsschlusses schon aus diesem Grunde nicht mehr möglich ist. Daraus könnte sich zudem noch ein weiteres Bedenken gegen die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß im Erbrecht ergeben. Beim Erbvertrag würde diese Haftung nämlich in der Regel nicht den schuldhaft handelnden Erblasser, sondern dessen gesetzliche Erben treffen, die auf die Einhaltung der Form für den Erbvertrag keinen Einfluß hatten.

Die genannten Bedenken greifen im Ergebnis nicht durch. Daß die Schadensersatzpflicht häufig erst den schuldlosen Erben und nicht den schuldhaft handelnden Erblasser trifft, steht

---

28) G. und D. Reinicke in MDR 1954, S. 641 (645);
29) vgl. Nachweise oben, S. 35 FN 11 der Arbeit;
3o) siehe oben, S. 122/123 der Arbeit.

einer Haftung wegen c.i.c. nicht entgegen. Denn im Erbrecht ist es nicht ungewöhnlich, daß die Erben für Schadensersatzansprüche haften, die in der Person des Erblassers begründet wurden. Das zeigt bereits die Regelung der §§ 1967 ff BGB. Die Erwägung, im Rahmen des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung sei anerkannt, daß das fahrlässige Verhalten für sich allein nicht ausreiche, die Formvorschriften aufzuheben, hat für die schadensersatzrechtliche Haftung keine Bedeutung. Anders als bei dem Institut des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung geht es hier nicht um die Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages, d.h. um die Begründung vertraglicher Erfüllungsansprüche entgegen der Vorschrift des § 125 BGB, sondern um die Gewährung von Schadensersatzansprüchen[31]. Dem Interesse der Parteien an der Beweissicherung wird hinreichend dadurch Rechnung getragen, daß der Schadensersatzberechtigte für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, d.h. also für das schuldhafte Verhalten des Erblassers sowie für seine eigene Unkenntnis der Formbedürftigkeit beweispflichtig ist. Kann er diesen Beweis erbringen, so wäre seinem Schadensersatzbegehren im Prozeß bei Zulassung des Beweises stattzugeben. Dann darf ihm der Rechtsschutz aber auch nicht mit der Begründung versagt werden, mit seinem Rechtsschutzbegehren würde er die Gerichte belasten. Das gilt im Erbrecht umsomehr, als hier Schadensersatzansprüche aus c.i.c. weitaus seltener in Betracht kommen als etwa im Kaufrecht. Denn zum einen werden Erbverträge im Verhältnis zu Kaufverträgen ungleich seltener geschlossen. Zum anderen scheidet hier wegen der generellen Gleichordnung der Parteien eine Aufklärungspflicht eines Teils zugunsten des anderen stets dann aus, wenn der Inanspruchgenommene die Formbedürftigkeit selbst nicht kannte.

---

[31] Vgl. im übrigen oben, S. 60 der Arbeit.

Schließlich ist angesichts des im Erbrecht herrschenden Formzwangs nur in Ausnahmefällen von einer eigenen Unkenntnis des Schadensersatzberechtigten auszugehen. Eine ungebührliche Belastung der Gerichte ist von daher also nicht zu erwarten. Demgemäß schließt auch der Formzweck, die Rechtssicherheit zu wahren, eine Haftung wegen c.i.c. beim Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag nicht aus.

Auch der Grundsatz der Testierfreiheit wird durch die Haftung für culpa in contrahendo nicht verletzt[32]. Dieser könnte allenfalls dann berührt sein, wenn der Schadensersatzberechtigte nach allgemeinen Grundsätzen einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend machen kann. Die Testierfreiheit des Erblassers ist jedoch auch hier nicht beeinträchtigt. Voraussetzung für diesen Schadensersatzanspruch ist es, daß der Erbvertrag ohne das schuldhafte Verhalten des Erblassers formgültig abgeschlossen worden wäre. Der Schadensersatzanspruch geht daher nur auf Herstellung des Zustandes, der dem Willen des Erblassers zur Zeit des Vertragsschlusses entspricht. Seine Testierfreiheit wird durch den Schadensersatzanspruch folglich nicht beeinträchtigt[33].

Die Grundsätze der Haftung wegen culpa in contrahendo sind nach alledem auch im Erbrecht anwendbar. Eine solche Haftung kommt auch beim Abschluß von formnichtigen Erb-, Erbverzichts- und Erbschaftskaufverträgen in Betracht.

---

32) A.A. für die Haftung aus § 826 BGB Humbert, NJW 1956, S. 1857, (S. 1860 sub 9). Gegen ihn schon die auf S. 172 FN 1 der Arbeit Genannten;

33) es gilt hier das gleiche wie zu dem Einwand, der Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse verletze den Grundsatz der Privatautonomie. Vgl. oben, S. 95 f der Arbeit.

§ 11 Schadensersatzansprüche bei beiderseitiger Kenntnis der Formbedürftigkeit des abgeschlossenen Vertrages

Gegenstand der bisherigen Untersuchungen waren Sachverhalte, in denen der geschädigte Teil von der Formbedürftigkeit des abzuschließenden oder abgeschlossenen Vertrages keine Kenntnis hatte. Nunmehr sollen die Schadensersatzfolgen für die Fälle erörtert werden, in denen auch[1] der Geschädigte die Formbedürftigkeit kannte oder mit ihr rechnete. Bei dem beiderseits bewußt formnichtigen Rechtsgeschäft soll hinsichtlich der Schadensersatzansprüche danach differenziert werden, ob der in Anspruch genommene Partner beim Abschluß des formnichtigen Vertrages erfüllungsbereit war oder ob er von vornherein nur die Leistung des anderen Teils in Anspruch nehmen oder diesen zu Aufwendungen veranlassen, seine eigene Leistung aber nicht erbringen wollte.

I. Schadensersatzansprüche bei ursprünglich fehlender Erfüllungsbereitschaft

1. Deliktische Ansprüche

War der in Anspruch genommene Teil schon bei Abschluß des Vertrages nicht erfüllungsbereit, so ist er dem anderen Teil aus § 826 BGB zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet[2]. Denn es muß als Verstoß gegen die guten Sitten

---

[1] Hatte nur der Geschädigte Kenntnis, so scheidet ein Schadensersatzanspruch aus;

[2] das ist h.M.: Reinicke, Anm. zu BGH in NJW 1968, S. 39 ff, ebenda, S. 39 (40); sowie Rechtsfolgen, S. 118 f; Medicus, Bürgerl.Recht, § 8 III 1, S. 63; Heldrich, ACP Bd. 147 S. 89 (118); Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 216; Matthießen, DGWR 1938, S. 213 (221); Fuchs, Diss., S. 44 f; vgl. auch BGH in WM 1963, S. 407 (409); RGZ 117/121 (126); ablehnend noch Reichel, ACP 104, S. 1 (45). Staudinger-Weber § 242 D 423, läßt hier sogar den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu. Ähnlich Battes, JZ 1969, S. 683 ff. Dazu ablehnend die vorstehend Genannten sowie Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c bb, S. 279 f; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 151 (172, 176); Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 242, Rdnr. 225; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 24 a.E.; vgl. ferner unten, S. 195 FN 30 der Arbeit.

angesehen werden, den Verhandlungspartner durch die bewußt falsche Versicherung seiner Erfüllungsbereitschaft - etwa unter Berufung auf seine gesellschaftliche Stellung oder seine sonstige Zuverlässigkeit - zur Erbringung seiner vereinbarten Leistung oder zu nutzlosen Aufwendungen zu veranlassen. Dabei bedarf es nicht einmal einer derart feierlichen Beteuerung, wie sie im "Edelmann-Fall"[3] oder im "königlichen Kaufmann-Fall"[4] gegeben war, um ein sittenwidriges Verhalten bejahen zu können. Zwar wird sich der Partner ohne eine solche Beteuerung in der Regel gar nicht erst auf das Geschäft einlassen. Es kann jedoch auch anders liegen, wie folgender Fall zeigt: Grundstückseigentümer V braucht für kurze Zeit, dafür aber umso dringender, einen größeren Kredit. Er schließt daher mit K einen privatschriftlichen Kaufvertrag, in dem sofortige Zahlung des Kaufpreises und baldige Auflassung des Grundstücks vereinbart wird. Sowohl dem V als auch dem K ist die Formbedürftigkeit des Vertrages bekannt. Beide gehen jedoch davon aus, daß das Erfordernis notarieller Beurkundung dem anderen nicht bekannt sei und dieser sich daher für an den Vertrag gebunden halte. Das ist auch der Grund, weshalb K sich auf das Ansinnen des V eingelassen hat, den Vertrag nur privatschriftlich zu schließen. Nachdem V nun mit Hilfe des von K gezahlten Kaufpreises seine Geldschwierigkeiten bereinigt hat, verweigert er, wie von vornherein beabsichtigt, unter Berufung auf den Formmangel die Auflassung des Grundstücks. Ich meine, auch in diesem Fall müsse ein Verstoß des Verkäufers gegen die guten Sitten bejaht werden. Dieser reicht zwar wegen der Kenntnis auf seiten des Käufers nicht so weit, daß der Vertrag wie sonst bei arglistigem Verhalten über Treu und Glauben aufrechtzuerhalten ist. Eine Haftung des Verkäufers aus

---

3) RGZ 117/121 ff;

4) BGHZ 48/396 = NJW 1968, S. 39 ff. Hier und in der Entscheidung RGZ 117/121 ff fehlte es allerdings nicht an der ursprünglichen Erfüllungsbereitschaft.

§ 826 BGB auf Ersatz des negativen Interesses ist jedoch auch hier zu bejahen. Denn der Verkäufer wollte den vermeintlich ahnungslosen Partner an das Geschäft binden und ihn so zur Vorleistung veranlassen, während er selbst weder sich rechtlich binden noch seine eigene Leistung erbringen wollte.

Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB geht auf Ersatz des gesamten negativen Interesses. Er umfaßt daher grundsätzlich auch den Gewinn, der dem Geschädigten dadurch entgangen ist, daß er im Vertrauen auf die Erfüllung dieses Vertrages den Abschluß eines anderen Vertrages (Drittgeschäfts) unterlassen hat. Voraussetzung ist dabei jedoch, daß sich der Vorsatz des Schädigers auch auf diesen Schaden erstreckt[5].

Ein Schadensersatzanspruch ist in diesen Fällen häufig auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB begründet. Der Betrugstatbestand des § 263 StGB ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Die Täuschungshandlung liegt darin, daß der Schädiger, der bereits bei Vertragsschluß zur Erbringung seiner Leistung nicht bereit ist, seinem Partner gleichwohl versichert, er werde den Vertrag auch ohne einen formgültigen Abschluß erfüllen. Eine solche Versicherung wird in diesen Fällen regelmäßig vorliegen, da sich der durch den formnichtigen Vertragsschluß Gefährdete ohne sie in aller Regel nicht auf das Geschäft einläßt. Der unrichtigen Versicherung des Schädigers entspricht der Irrtum des Geschädigten.

Soweit der Getäuschte im Vertrauen auf die Erfüllungsbereitschaft seines Partners seine Leistung erbracht oder sonstige Aufwendungen gemacht hat, liegt auch eine selbstschädigende Vermögensverfügung vor. Kam es dem Täuschenden auf die Gegenleistung an, so handelte er in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Diese

---

[5] Vgl. Palandt-Thomas, § 826, Anm. 3 a.

Voraussetzung fehlt allerdings, soweit der Getäuschte Aufwendungen im Hinblick auf die erwartete Erfüllung durch seinen Partner gemacht hat. Hier scheidet eine Absicht des Täuschenden aus, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Hat der Getäuschte im Vertrauen auf die Erfüllungsbereitschaft seines Partners den Erwerb eines anderen Grundstücks unterlassen, so ist bereits zweifelhaft, ob in diesem Unterlassen eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 StGB liegt, da die Verfügung den Schaden unmittelbar herbeigeführt haben muß. Jedenfalls fehlt es insoweit wiederum an der Absicht des Täuschenden, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB kommt in diesen Fällen daher nur dann in Betracht, wenn der Getäuschte im Vertrauen auf die unrichtige Versicherung seines Partners, er sei erfüllungsbereit, seine eigene Vertragsleistung erbracht hat.

2. culpa in contrahendo

Zweifelhaft ist, ob dem Geschädigten in diesen Fällen Schadensersatzansprüche aus c.i.c. zustehen. Sicher kann eine Haftung nicht darauf gestützt werden, der Geschädigte habe auf die Wirksamkeit des Vertrages vertraut, denn er hatte hier von dessen Formbedürftigkeit Kenntnis und wußte somit um die Unwirksamkeit. Der Geschädigte hat hier aber darauf vertraut, daß der andere seine Leistung entweder freiwillig oder aber - in dem soeben geschilderten Fall[6] - mit Rücksicht auf die vermeintliche rechtliche Bindung erbringen und dadurch den Vertrag heilen oder doch für die Leistung einen Rechtsgrund schaffen werde, § 814 BGB.
Für die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens kann es nicht[7]

---

6) Siehe oben, S. 184 der Arbeit;
vgl. auch den Fall in BGH in NJW 1969, S. 1167 ff;

7) auch den Ausführungen von Reinicke in NJW 1968, S. 39/40 und in Rechtsfolgen, S. 119 ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

darauf ankommen, daß keine Partei auf die Erbringung der Leistung und damit die Heilung des Vertrages einen Anspruch hat. Andernfalls müßten bei formnichtigen Verträgen Schadensersatzansprüche aus c.i.c. schlechthin und damit ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Beteiligten von der Formbedürftigkeit ausscheiden, da der formnichtige Vertrag einen Anspruch auf Heilung in keinem Fall gewährt. Zudem ist in allgemeinem Zusammenhang eine Haftung aus c.i.c. auf das Erfüllungsinteresse anerkannt, obwohl der geschädigten Partei aus dem Verhandlungsverhältnis ein Anspruch auf formgerechten Abschluß des Vertrages nach weitaus h.M.[8] nicht zusteht. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist daher an anderen Kriterien zu messen als dem Fehlen eines Anspruchs auf Heilung.

Maßgebliches Kriterium dafür, daß das Vertrauen auf die Erfüllungsbereitschaft des anderen Teils nicht als schutzwürdig anzuerkennen ist, ist jedoch der Gesichtspunkt, daß der Geschädigte insoweit ein Risiko eingegangen ist, das er nun tragen muß[9]. Dem widerspricht es nicht, daß die h.M. in einer ähnlichen Fallgruppe die Haftung aus c.i.c. bejaht. Nach weitaus herrschender Ansicht[10] greift eine Haftung aus c.i.c. auch dann ein, wenn eine Partei in der anderen das Vertrauen auf das sichere[11] und baldige Zustandekommen eines Vertrages geweckt und sie dadurch zu Aufwendungen veranlaßt hat, die sich später eben wegen des Nichtzustandekommens

---

8) Vgl. oben, S. 9o FN 1o der Arbeit;

9) Reinicke, NJW 1968, S. 39/4o = Rechtsfolgen, S. 118 f; mit der gleichen Begründung wird die Aufrechterhaltung des Vertrages über § 242 BGB in diesen Fällen abgelehnt von Gernhuber, Festschrift, S. 172; Flume, Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c bb, S. 279 f; Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 24 a.E.;

1o) BGH in WM 196o, S. 1384 (1386) = Der Betrieb 196o, S. 1452; in WM 1962, S. 936 f; Erman-Sirp, § 276, Anm. 8 a aa); Esser, Schuldrecht I, § 52 III 1 a, S. 375; a.A. Erdsiek Juristen-Jahrbuch Bd. 8 (1967/1968), S. 36 (49);

11) BGH in WM 1962, S. 936 f; in NJW 1967, S. 2199.

des Vertrages als nutzlos erweisen. Diese Haftung tritt nach heute[12] allgemeiner Auffassung[13] auch dann ein, wenn der in Aussicht genommene Vertrag der Form bedurft hätte. Dabei spielt es für die Haftung keine Rolle, ob den Parteien die Formbedürftigkeit des in Aussicht genommenen Vertrages bekannt war oder nicht[14].

Zwar wird durch einen solchen Schadensersatzanspruch u.U. der Zweck der Formvorschrift, die Partei vor übereiltem Handeln zu warnen, beeinträchtigt[15]. Denn diesem Formzweck ist auch der gesetzgeberische Wille zu entnehmen, daß dem Verkäufer die rechtliche Möglichkeit zustehen soll, sich bis zur fertigen notariellen Beurkundung des Vertrages zu überlegen, ob er tatsächlich veräußern will oder nicht. Und dieser Zweck wird durch die Belastung des Verkäufers mit einer Schadensersatzpflicht insofern beeinträchtigt, als dieser sich möglicherweise nur unter dem Druck der Schadensersatzpflicht zur Übereignung entschließt. Die h.M.[16] hat diese Beeinträchtigung des Formzwecks aber mit Rücksicht darauf hingenommen, daß der Formzweck die Verhandlungspartner auch beim Grundstücksverkauf nicht von den Pflichten entbindet, die sich für sie aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen und dem dadurch geschaffenen vertragsähnlichen

---

12) Anders zunächst LG Stuttgart in MDR 1956, S. 165; vgl. auch RG in WarnRG 1909, Nr. 537 (S. 525 f) zu § 826;

13) BGH in MDR 1954, S. 346 (347); in WM 1955, S. 728 ff = Der Betrieb 1955, S. 479; in WM 1965, S. 1115 (1116/1117); in NJW 1967, S. 2199; OLG Celle in MDR 1952, S. 554; Staudinger-Weber, § 242 A 428; Esser, Schuldrecht I, § 52 III 1 a, S. 375 zu FN 7;

14) in verschiedenen Fällen wurde ausdrücklich festgestellt, daß den Parteien die Formbedürftigkeit des Vertrages bekannt war, so z.B. in BGH-Urt. vom 4.3.1955 (V ZR 66/54), S. 4, S. 15 - insoweit in WM 1955, S. 728 ff = Der Betrieb 1955, S. 479 nicht deutlich wiedergegeben -; BGH in WM 1965, S. 1115 (1116);

15) vgl. die in der FN 12 Zitierten;

16) siehe FN 13 (vorstehend).

Vertrauensverhältnis ergeben[17]. Dieser Auffassung ist schon deshalb zuzustimmen, weil eine vorvertragliche Pflicht nur dann verletzt ist, wenn das Zustandekommen des Vertrages als s i c h e r in Aussicht gestellt wurde[18]. Diese Fallgruppe der c.i.c. hat allerdings gewisse Gemeinsamkeiten mit den hier zu erörternden Sachverhalten, in denen die Parteien einen beiderseits bewußt formnichtigen Vertrag geschlossen haben. Denn in beiden Fallgruppen weiß der Geschädigte, daß er (noch) keinen rechtlichen Anspruch auf die in Aussicht gestellte Rechtshandlung hat. Gleichwohl macht er allein im Vertrauen auf das Wort des anderen, er werde demnächst einen entsprechenden obligatorischen Vertrag abschließen oder seine Leistung erbringen, Aufwendungen, die sich dann als nutzlos erweisen. Die Partner gehen daher in beiden Fallgruppen bewußt ein Risiko ein, indem sie ohne eine rechtliche Bindung allein auf das Wort des anderen Teils vertrauen und im Vertrauen darauf Aufwendungen machen.

Das rechtfertigt es jedoch nicht, beide Fallgruppen bezüglich der Schutzwürdigkeit des Vertrauens gleichzubehandeln. Die gegenteilige Auffassung würde folgendem wesentlichen Unterschied zwischen beiden Fallgruppen nicht gerecht: In der vergleichsweise herangezogenen Fallgruppe hat sich das Verhältnis der Parteien zunächst normal entwickelt. Es ist nach der Verkehrsauffassung - und diese ist für die Schutzwürdigkeit im Einzelfall von ausschlaggebender Bedeutung - häufig geboten und im Interesse der späteren Vertragsdurchführung zwingend erforderlich, schon vor dem endgültigen Vertragsschluß Vorbereitungen im Hinblick auf den Vertragsschluß und dessen Durchführung zu treffen. Die Verkehrsauffassung duldet und fordert derartige Vorbereitungen. Sie muß sie daher auch schützen. In der hier erörterten

---

[17] BGH in NJW 1967, S. 2199;

[18] BGH in MDR 1954, S. 346 ff (347); in WM 1962, S. 936; in NJW 1967, S. 2199.

Fallgruppe bietet sich jedoch ein ganz anderes Bild. Die Parteien haben hier mit dem bewußt formnichtigen Vertragsschluß ihr Verhältnis von vornherein auf einer Basis aufgebaut, von der sie wußten, daß sie im Ernstfall nicht trägt. Sie haben, wie es Flume[19)] formuliert hat, das Geschäft nicht der Rechtsordnung unterstellt. Wenn sie sich, statt eines formgültigen Abschlusses, mit einer formnichtigen Vereinbarung begnügen, so wissen sie auch, daß an der Sache etwas "faul" ist. Es ist psychologisch durchaus etwas Verschiedenes, ob angesichts der bislang reibungslos verlaufenen Verhandlungen schon bestimmte Vorbereitungen für die Vertragsdurchführung getroffen werden oder ob nach bewußt formnichtigem Vertragsschluß im Vertrauen auf das "Zurstangehalten" des anderen Teils Verfügungen getroffen werden. Und diesem psychologischen Unterschied muß m.E. auch die Verkehrsauffassung Rechnung tragen. Die Auffassung der h.M., die einen Schadensersatzanspruch in den Fällen zuläßt, in denen ein Teil in dem anderen das Vertrauen auf das sichere Zustandekommen eines Vertrages weckt, steht daher nicht im Widerspruch zu der Ansicht, daß beim Abschluß beiderseits bewußt formnichtiger Verträge die Parteien in ihrem Vertrauen darauf, daß der andere Teil sein Versprechen freiwillig einlöst, nicht schutzwürdig sind.

Mit dieser Feststellung ist die Frage der Haftung für c.i.c. bei beiderseits bewußt formnichtigem Vertragsschluß allerdings nicht endgültig erledigt. Wenn die Partei auch insoweit nicht schutzwürdig ist, als sie darauf vertraut, daß die andere Partei tatsächlich erfüllen werde, so könnte sie doch insoweit schutzwürdig sein, als sie darauf vertraut, daß die andere Partei sie nicht über ihre derzeitige Erfüllungsbereitschaft täuscht. Es ließe sich die Ansicht vertreten, die Vertragspartner dürften sich bei Kenntnis der

---

19) Rechtsgeschäft, § 15 III 4 c bb, S. 28o.

Formnichtigkeit des Vertrages zwar nicht darauf verlassen, daß der andere freiwillig erfüllen werde, da sie stets mit in Rechnung setzen müßten, daß der andere seine Erfüllungsbereitschaft wieder aufgeben werde; sie seien jedoch insoweit schutzwürdig, als sie darauf vertrauten, von ihrem Partner nicht in einer derart wesentlichen Frage belogen zu werden. Hildebrandt[20] und Hagelberg[21] haben demzufolge eine Haftung aus c.i.c., wenn auch mit beschränktem Umfang, auch in diesen Fällen befürwortet. In der Tat ließe sich rechtstechnisch in der bewußt falschen Erklärung hinsichtlich der Erfüllungsbereitschaft eine Erklärungsverletzung im Sinne Hildebrandts und damit eine vorvertragliche Pflichtverletzung sehen[22]. Problematisch ist jedoch wiederum, ob der Partner in seinem Vertrauen, nicht belogen zu werden, schutzwürdig ist.

Hagelberg[21] hat für die Fälle des sogen. Schwarzkaufs, die zur Zeit der Inflation an der Tagesordnung waren, die Schutzwürdigkeit des Käufers mit folgender Erwägung bejaht: "Die Schwarzzahlung erfolgte in der Regel hauptsächlich oder allein im Interesse des Verkäufers. Dieser erstrebte mit der unrichtigen Beurkundung des Kaufpreises eine Ermäßigung der Wertzuwachssteuer,... Der Käufer ersparte... praktisch nur Notariatskosten... In der unrichtigen Beurkundung lag demnach eine Gefährdung der Rechte und Interessen des Käufers, die auf Betreiben und im Interesse des Verkäufers vorgenommen wurde. Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß der Verkäufer für die Folgen einer solchen bewußten Gefährdung einzustehen hat. Es würde der Billigkeit widersprechen, die nachteiligen Folgen einer solchen unrichtigen

---

20) Erklärungshaftung, S. 216;

21) in JW 1925, S. 2555 (2557);

22) so auch Fuchs, Diss., S. 42, der die Haftung aber im Ergebnis mangels Schutzwürdigkeit ablehnt.
Abwegig die Begründung der Pflichtverletzung bei Hagelberg, a.a.O.

Beurkundung der einen Partei allein aufzubürden, die nur widerwillig die inkorrekte Beurkundung mitgemacht hatte, und die an ihr praktisch kaum interessiert war".

Das Reichsgericht[23] hat dagegen für diese Fälle der Frage, in wessen Interesse und auf wessen Veranlassung die Falschbeurkundung erfolgte, im Rahmen des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung keine Bedeutung beigemessen und ausgeführt: "Handelten beide Parteien bewußt gegen die gesetzlichen Formvorschriften, so ist keine von ihnen mit dem Einwand zu hören, die Rüge des Formmangels verstoße gegen Treu und Glauben. Trifft sie beide der Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens, so darf keine den Richter um eine Untersuchung angehen, wem von ihnen mit der Gesetzesverletzung ein Gefallen erwiesen worden ist, und wer sie veranlaßt hat. Vielmehr muß jede Partei die Folgen davon tragen, daß der Vertragsgegner ihr Vertrauen darauf getäuscht hat, die gemeinsam begangene Gesetzwidrigkeit werde nicht ans Tageslicht gebracht werden". Nun betrifft diese Entscheidung nur die Frage des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung, und es ließe sich die Ansicht vertreten, daß der Gesichtspunkt, in wessen Interesse und auf wessen Veranlassung die Falschbeurkundung erfolgte, zwar nicht für die Begründung eines Erfüllungsanspruchs, wohl aber für die Bejahung eines auf Ersatz des negativen Interesses gerichteten Schadensersatzanspruchs aus c.i.c. von Bedeutung sein kann. Denn für einen Schadensersatzanspruch bedarf es weniger strenger Voraussetzungen als für die Aufrechterhaltung des Vertrages.

Ich meine jedoch, daß mit der h.M.[24], die hier Schadensersatzansprüche aus c.i.c. schlechthin ablehnt, eine Schutz-

---

[23] JW 1926, S. 181o (1811) = WarnRG 1926, Nr. 113, S. 161; bestätigt durch RG in WarnRG 1927, Nr. 135, S. 234 (235).

[24] Reinicke, NJW 1968, S. 39 (4o) = Rechtsfolgen, S. 118 f; Soergel-Siebert, (9. Aufl.), § 242, Rdnr. 225; Medicus, Bürgerl.Recht, § 8 III 1, S. 63; Heldrich, ACP Bd. 147, 89 (S. 118); Fuchs, Diss., S. 42.

würdigkeit des Geschädigten auch bezüglich seines Vertrauens darauf, nicht über die Erfüllungsbereitschaft belogen zu werden, nicht gegeben ist. Wer in Kenntnis der Formbedürftigkeit einen Vertrag ohne Einhaltung der Form schließt, muß damit rechnen, daß der andere Teil seine Leistung in Wirklichkeit nicht erbringen will. Um sich dagegen abzusichern, muß er einen formgültigen Vertrag schließen, der ihn der Abhängigkeit von der Erfüllungsbereitschaft des anderen Teils enthebt. Tut er das nicht, so geht er bewußt ein Risiko ein, das er, wenn es sich realisiert, nicht auf den anderen Teil abwälzen kann.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Der Getäuschte ist nicht schutzlos, da ihm deliktische Ansprüche zustehen. Daß diese Ansprüche weniger weit reichen, ist hier schon deshalb hinzunehmen, weil sich die c.i.c. und die hier maßgeblichen deliktischen Anspruchsgrundlagen hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes nicht unterscheiden. Sowohl § 826 BGB als auch § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB schützen im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 BGB das Vermögen als solches und nicht nur bestimmte Rechtsgüter. Zudem fällt die Tatsache, daß die c.i.c. nur fahrlässiges Verhalten voraussetzt, hier deshalb nicht ins Gewicht, weil in den besprochenen Fällen stets ein arglistiges Verhalten gegeben ist. Der Unterschied beschränkt sich folglich darauf, daß für die Haftung aus c.i.c. § 278 BGB, für die deliktischen Anspruchsgrundlagen dagegen § 831 BGB gilt[25]. Allein dieser Unterschied rechtfertigt aber noch nicht die Anerkennung eines Bedürfnisses für die Zulassung der c.i.c.-Haftung.

Etwas anderes hat auch dann nicht zu gelten, wenn die besonderen Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Bundesgerichtshof den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht

---

25) § 831 BGB gilt auch für § 826 BGB. Vgl. RGZ 73/434 (436).

nur im Höferecht[26], sondern auch beim Grundstückskauf[27] trotz beiderseitiger Kenntnis der Formbedürftigkeit zugelassen hat. Soweit für diese Entscheidungen Gesichtspunkte maßgeblich waren, die in der späteren Abwicklung des Vertrages begründet waren, spielen sie hier ohnehin keine Rolle[28]. Aber auch aus den besonderen persönlichen Beziehungen der Parteien zueinander und der Tatsache, daß es aus diesem Grund einer Partei "nahezu unmöglich"[29] gewesen sein mag, auf der Einhaltung der Form zu bestehen, läßt sich m.E. eine Rechtfertigung für die Zulassung der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht herleiten. Auch insoweit gilt, daß mangels eines entscheidenden Unterschieds zur deliktischen Haftung hier für eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß kein ausreichendes Bedürfnis besteht.

In den Fällen beiderseits bewußt formnichtigen Vertragsschlusses kommt also eine deliktische Haftung des Teils in Betracht, der von vornherein nicht bereit war, seine eigene Leistung zu erbringen. Eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ist in diesen Fällen nicht gegeben.

II. Schadensersatzansprüche bei ursprünglicher Erfüllungsbereitschaft

War der in Anspruch genommene Teil bei Abschluß des Vertrages zunächst erfüllungsbereit, hat er aber seine Absicht später aufgegeben, so versagt die allgemeine Meinung

---

26) Grundlegend BGHZ 12/286, sowie BGHZ 23/249 (258 f); weitere Nachweise der Rechtsprechung und der überwiegend ablehnenden Literatur bei Staudinger-Weber, § 242 D 432 und D 441; Battes in JZ 1969, S. 683 FN 2;

27) BGHZ 48, S. 396 = NJW 1968, S. 39 mit ablehnender Anm. von Reinicke, ebenda. Ähnlich wie der BGH Battes in JZ 1969, S. 683 ff;

28) vgl. aber unten, S. 195 ff der Arbeit;

29) vgl. BGHZ 48/396 = NJW 1968, S. 39 (42).

dem anderen Teil Schadensersatzansprüche[30] sowohl aus deliktischen Anspruchsgrundlagen[31] als auch aus culpa in contrahendo[32]. Diese Ansicht ist, soweit sie nur das Verhalten bei Vertragsschluß im Auge hat, auch berechtigt. Die Erklärung des einen Teils, seine Leistung gewiß zu erbringen, ist hier von dem entsprechenden Willen getragen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt daher nicht vor. Auch eine Haftung aus c.i.c. - wegen der Erweckung des Vertrauens auf die spätere Erfüllung - kommt hier aus den gleichen Gründen nicht in Betracht, die zur Ablehnung der c.i.c.-Haftung bei schon ursprünglich fehlender Erfüllungsbereitschaft geführt haben.

Die allgemeine Auffassung berücksichtigt jedoch nicht, daß eine Schadensersatzpflicht u.U. auch aus einem späteren, dem Vertragsschluß nachfolgenden Verhalten hergeleitet werden kann. Zwar kann das gegen die guten Sitten verstoßende und zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten nicht, wie das Reichsgericht[33] mehrfach angenommen hat, in der späteren

---

30) Das Reichsgericht und die h.L. haben hier auch ausnahmslos die Aufrechterhaltung des Vertrages über § 242 BGB abgelehnt. RGZ 117/121 (124); 149/75 (80); RG in JW 1926, S. 1810, (1811); Staudinger-Weber, § 242 D 423 m.w.N.; Reinicke, NJW 1968, S. 39 (40 m.w.N.).
Der Bundesgerichtshof hat den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung jedoch trotz beiderseitiger Kenntnis zugelassen, und zwar insbesondere im Höferecht, s. oben, S. 194, FN 26 der Arbeit, aber auch beim Abschluß eines Grundstückskaufvertrages, BGHZ 48/396 = NJW 1968, S. 38 ff. Vgl. ferner BGH in LM Nr. 1 zu § 2 der PreisüberwachungsVO, sowie KG in LZ 1917, Sp. 761; OGHZ 1/217; vgl. neuerdings Battes, JZ 1969, S. 683 (691);

31) BGH in WM 1963, S. 407 (409); RGZ 117/121 (126); Reinicke in NJW 1968, S. 39 (40) = Rechtsfolgen, S. 118; Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 242 Rdnr. 225; Medicus, Bürgerl. Recht, § 8 III 1, S. 63; Heldrich, ACP Bd. 147, S. 89 (118); Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 216; Fuchs, Diss., S. 45 f;

32) Reinicke, a.a.O.; Medicus, a.a.O.; Heldrich, a.a.O.; Hildebrandt, a.a.O.; Fuchs, a.a.O.; vgl. Soergel-Siebert, a.a.O.;

33) RG in SeuffArch Bd. 63, (1907), Nr. 196, S. 349; RGZ 107/357 (365).

Berufung auf die Formnichtigkeit gesehen werden[34]. Es kann auch nicht, wie G. und D. Reinicke meinten[35], in Ausnahmefällen das Unterlassen, einen bestimmten Vertrag zu schliessen, oder eine bestimmte Verfügung zu treffen, als eine Schadenszufügung i.S. des § 826 BGB angesehen werden. Denn auch im Rahmen des § 826 BGB ist ein Unterlassen nur relevant, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand[36]. Eine Rechtspflicht, eine bestimmte Verfügung zu treffen, kann ohne Verstoß gegen das Prinzip der Privatautonomie nur aus einem wirksamen (Vor-) Vertrag hergeleitet werden. Da hier ein formwirksamer Vertrag fehlt, läuft das Problem doch wieder auf die Frage hinaus, ob ein Vertrag oder Vorvertrag geschlossen worden ist, und ob dieser Vertrag nach § 242 BGB als wirksam zu behandeln ist. Es handelt sich insoweit daher ausschließlich um ein Problem des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung. Das Unterlassen, eine bestimmte Verfügung zu treffen, stellt damit kein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten dar.

Gleichwohl scheidet in diesen Fällen eine Schadensersatzhaftung nicht, wie die allgemeine Meinung meint, vollständig aus. Das zeigt folgender Fall: Verkäufer V hat, nachdem er zunächst erfüllungsbereit war, nach Abschluß des beiderseits bewußt formnichtigen Vertrages seine Erfüllungsbereitschaft aufgegeben. Gleichwohl versichert er beim nächsten Zusammentreffen dem Käufer K, er stehe nach wie vor zu seinem Wort. Erst daraufhin macht K die Aufwendungen, die sich dann als nutzlos erweisen. Ich meine, dieser Fall sei nicht anders zu behandeln, als der Fall, bei dem dem Verkäufer die Erfüllungsabsicht bereits beim Vertragsschluß fehlte.

---

34) Staudinger-Weber, § 242, D 427; D 443 m.w.N.; Gernhuber, Festschrift, S. 151 (154 f zu FN 17 m.w.N., S. 167); Soergel-Hefermehl, § 125, Rdnr. 22; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 35 f;

35) MDR 1954, S. 641 (645);

36) gegen G. und D. Reinicke, a.a.O., deshalb schon Gernhuber, Festschrift, S. 168; Enneccerus-Nipperdey, § 154 III 4 FN 18 a.E.

Zwar sind die Aufgabe der Erfüllungsbereitschaft und die Verweigerung der Leistung für sich allein noch nicht rechtswidrig[37]. Das sittenwidrige Verhalten liegt aber darin, daß der Verkäufer trotz der Änderung seines Entschlusses den Käufer weiter in dem Glauben wiegt, er werde seine Leistung erbringen. Für die Frage der Sittenwidrigkeit kann es nur darauf ankommen, ob die unrichtige Erklärung in dem Zeitpunkt, in dem sie abgegeben wurde, von dem ernstlichen Willen getragen war, sie zu erfüllen[38]. Eine Schadensersatzhaftung aus § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB ist daher prinzipiell auch bei ursprünglich fehlender Erfüllungsbereitschaft möglich. Der Schadensersatzanspruch umfaßt dabei allerdings schon aus Gründen der Kausalität nur den Schaden, der infolge des zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses eingetreten ist.

Eine Haftung aus c.i.c. scheidet, wie schon in den Fällen ursprünglich fehlender Erfüllungsbereitschaft, aus[39]. Zwar ließe sich daran denken, eine nach c.i.c. zu beurteilende Pflichtverletzung darin zu sehen, daß der zunächst erfüllungsbereite Partner nach Aufgabe dieser Bereitschaft dem anderen Teil versichert, nach wie vor erfüllungsbereit zu sein[40]. Oder man könnte ihn gar für verpflichtet halten, den anderen Teil über seinen Sinneswandel aufzuklären[41].

---

37) So zutreffend Reinicke, Rechtsfolgen, S. 118;

38) so auch die Formulierung in BGH in WM 1963, S. 4o7 (4o9);

39) ebenso Reinicke in NJW 1968, S. 39 (4o) = Rechtsfolgen, S. 118; Medicus, Bürgerl.Recht, § 8 III 1, S. 63. Vgl. auch oben, S. 195 FN 32 der Arbeit;

4o) auch ein Verhalten nach Abschluß eines unwirksamen Vertrages kann u.U. zu einer Haftung aus c.i.c. führen. Vgl. dazu § 7 der Arbeit;

41) die Gründe, die im Rahmen des § 123 BGB eine Pflicht zur Aufklärung über die fehlende Erfüllungsbereitschaft ausschließen (der Vertragspartner vertraut nicht auf die Erfüllungsbereitschaft, sondern auf die gesetzlichen Zwangsmittel, RG in DR 1941, S. 2o1 ff; Soergel-Hefermehl, § 123 Rdnr. 9 m.w.N.), würden einer Aufklärungspflicht hier nicht entgegenstehen.

Schließlich ließe sich auch hier erwägen, das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten bereits in der Erweckung des Vertrauens darauf zu sehen, es werde mit Sicherheit zur Erfüllung kommen. Derartige Pflichten sind jedoch im Ergebnis nicht anzuerkennen. Wer bei Abschluß des Vertrages die Formnichtigkeit kennt, muß mit einer derartigen Entwicklung, d.h. mit der späteren Aufgabe der Erfüllungsbereitschaft seines Partners rechnen. Es gelten insoweit dieselben Gesichtspunkte, die zur Ablehnung einer c.i.c.-Haftung bei schon ursprünglich fehlender Erfüllungsbereitschaft geführt haben.

Als Ergebnis läßt sich daher folgendes festhalten: Schliessen die Parteien beiderseits bewußt einen formnichtigen Vertrag, so scheidet eine Haftung aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß aus. Die Partei, die bereits bei Vertragsschluß nicht bereit war, ihre Leistung zu erbringen, haftet der anderen Partei aus § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 i.V. mit § 263 StGB auf Schadensersatz. Das gleiche gilt für die zunächst erfüllungsbereite Partei, wenn sie der anderen Partei gegenüber nach Aufgabe ihrer Erfüllungsbereitschaft versichert, nach wie vor zu der Abrede zu stehen, bezüglich des daraufhin eingetretenen Schadens. Im übrigen sind Schadensersatzansprüche ausgeschlossen.

L e b e n s l a u f

Am 24. April 1943 wurde ich, Torsten E h m c k e , in Dessau als Sohn des Oberstudienrats und Ingenieurs Hans-Heinz Ehmcke und dessen Ehefrau Elise Margarete, geb. Peters, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 2o. Februar 1963 legte ich am Leibniz-Gymnasium in Dortmund die Reifeprüfung ab. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften - zwei Semester in Münster, zwei Semester in München und vier Semester wiederum in Münster - bestand ich am 14. Oktober 1967 die erste juristische Staatsprüfung.

Am 17. November 1967 habe ich geheiratet. Seit dem 2. Januar 1968 befinde ich mich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst.